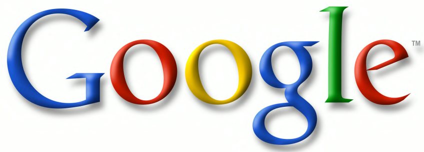
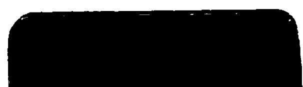






DI

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

III

LE

DROIT CIVIL CANADIEN

BASÉ SUR LES

" REPETITION ECRITES SUR LE CODE CIVIL "

DE

FREDERIC MOURLON

AVEC

REVUE DE LA JURISPRUDENCE DE NOS TRIBUNAUX

PAR

P. B. MIGNAULT,

CONSEIL DE LA REINE

Auteur du " Manuel de Droit Parlementaire," du " Code de Procédure Civil Annoté" et du " Droit Paroissial."

TOME TROISIÈME

CONTENANT LE TITRE DES SERVITUDES RÉELLES, CELUI DE L'EMPHYTÉOSE, L'INTRODUCTION AU LIVRE III, (DE L'ACQUISITION ET DE L'EXERCICE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ) ET LE TITRE DES SUCCESSIONS.

MONTRÉAL.

C. THÉORET, EDITEUR

LIBRAIRIE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

11 et 13, rue St-Jacques

1897

PRÉFACE

Le lecteur qui a lu la préface des deux autres volumes de cet ouvrage n'a pas besoin que je lui en explique la nature. J'ai suivi, dans ce troisième volume, le plan que j'avais adopté au commencement, et les signes typographiques qui indiquent la partie originale de ce traité, feront voir quel a été le travail personnel de l'auteur.

Nous sommes enfin entrés dans ce que je pourrais peut-être appeler la région des grands titres du code civil; ce volume ne comprend donc que trois titres: Les *Servitudes réelles*, l'*Emphytéose* et les *Successions*, à quoi il faut ajouter l'introduction du livre III, *D: l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété*. Mais si le nombre des sujets est restreint, la complication des divisions et des subdivisions, la quantité des détails et la multiplicité des questions qu'il a fallu résoudre, m'ont fourni une matière très abondante que j'ai condensée autant que possible, tout en élargissant quelque peu le cadre de Mourlon.

Deux des titres que j'ai expliqués,—ceux des *Servitudes réelles* et des *Successions*—se trouvent dans le code Napoléon ; le troisième, le titre de l'*Emphytéose*, bien que le contrat lui-même ne soit pas inconnu en France, ne figure pas au code français. Cette partie de mon travail est donc entièrement originale. Les autres titres diffèrent en maints endroits de ceux du code Nopoléon, et là encore, il a fallu un travail personnel. Enfin, je puis ajouter que souvent, même lorsqu'i ne s'agissait pas de différences essentielles, j'ai préféré ne pas reproduire le texte de Mourlon que de le mutiler. En somme, comme dans le cas des autres volumes, un tiers de ce volume— je pourrais peut-être dire davantage— est original.

Je n'entreprendrai pas de rendre compte plus en détail des matières dont il est question en ce volume ; un coup d'œil sur les tables suffira pour le lecteur, et toute énumération ici serait oiseuse, car elle ne saurait être complète. Ce coup d'œil lui fera également voir combien ma tâche était lourde. Dans le titre des *Successions* surtout, nos codificateurs, tout en innovant à l'ancien droit, n'ont pas suivi la même route que les auteurs du code Napoléon. L'interprète est donc privé des lumières des anciens jurisconsultes comme des nouveaux commentateurs, et le plus souvent notre jurisprudence elle-même est muette. On en trouvera un exemple frappant dans la section que le code consacre à l'obligation de rapporter les dons et legs à la succession du donateur ou testateur.

Mais je ne veux pas abuser de la faculté que l'usage des préfaces à fait accorder à l'auteur de parler de son ouvrage ; je me contenterai donc de réclamer de nouveau l'indulgence du lecteur. Je l'ai dit ailleurs, c'est un travail de pionnier que je fais en ce moment. On n'exige pas du colon qui s'enfonce dans la forêt qu'il travaille avec art ; il suffit qu'il défriche le terrain, qu'il écarte les plus gros obstacles et qu'il trace la route à ceux qui vont le suivre pour compléter sa tâche. Le droit civil canadien demande surtout—ce me semble—un travail de défrichement, l'ère des commentateurs sonnera sans doute plus tard, et je n'ai pas eu d'autre ambition que de leur déblayer un peu le chemin qu'ils auront à parcourir.

Comme dans les autres volumes, j'ai puisé largement dans notre jurisprudence. Trois cents arrêts environ sont cités ; on en trouvera la liste ailleurs.

P. B. MIGNAULT.

Montréal, 8 juin 1897.

NOTE.—Quand je cite M. Baudry-Lacantinerie, sans indication d'ouvrage, le renvoi est à son *Précis de droit civil*. Ses autres ouvrages sont toujours mentionnés dans la référence.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE TOME TROISIÈME.

LIVRE TROISIÈME.

TABLE DES ARRÊTS

CITÉS

EN CE VOLUME (a).

A

B

(a) Contrairement à ce que j'ai fait dans la table des arrêts des deux autres volumes, je supprime dans cette table l'article devant le nom des corporations. Ainsi *La Banque du Peuple* se trouvera désormais dans les "B" et *The Canadian Pacific Railway Co.*, dans les "C". Je crois que ce nouveau mode de citation facilitera les recherches.

PAGES

J

K

L

M

LE DROIT CIVIL CANADIEN

TITRE QUATRIÈME

DES SERVITUDES RÉELLES.

[[Dans le code Napoléon, ce titre porte la rubrique " Des servitudes ou services fonciers." Nos codificateurs expliquent, d'après Maleville (t. 2, p. 85), que les mots " ou services fonciers " ont été ajoutés à la rubrique du code Napoléon pour atténuer ou mitiger la portée de l'expression " servitude " qu'on craignait de voir prendre en mauvaise part, à une époque où l'on était, en France, très chatouilleux sur ces sortes de sujets. Cette susceptibilité n'existant pas en ce pays, les codificateurs ont supprimé ces mots, mais ils ont ajouté l'épithète " réelles " (*a*), disent-ils, " pour distinguer les servitudes " dont il s'agit ici, de celles purement personnelles, comme " l'usufruit, l'usage, l'habitation, l'emphytéose et toute autre " charge imposée sur un immeuble en faveur de la personne " seulement ou de ses héritiers, abstraction faite des immeubles qu'ils peuvent posséder, et même dans le cas où ils n'en " possèdent aucun."]]

I. **Ce que c'est qu'une servitude, ses caractères généraux.** — [[La servitude réelle est *une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage appartenant à un propriétaire différent* (art. 499) (*b*).]]

" Une *charge*. . ." La servitude est tout à la fois une *charge* et un *droit*, une *charge* si on la considère au point de vue *passif*, un *droit* lorsqu'on l'envisage sous son rapport *actif*. Les jurisconsultes romains, et d'après eux, nos anciens auteurs,

---

(*a*) La servitude réelle s'appelle aussi servitude prédiale.

(*b*) Cet article reproduit la substance de l'art. 637 du code Napoléon. Il se contente cependant de dire : " pour l'utilité ", le code Napoléon : " pour l'usage et l'utilité." Ce n'est qu'une différence de mots et non de sens.

la définissaient en se plaçant à son point de vue actif. "La servitude, disait Pothier, est le droit qu'a le propriétaire d'un héritage sur un héritage voisin, pour la commodité du sien" (1). Domat disait de même : "La servitude est un *droit* qui assujettit un fonds à quelque service pour l'usage d'un autre fonds qui appartient à un autre maître ; comme, par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage de passer par le fonds de son voisin pour aller au sien."

La servitude implique donc, comme tout autre droit, une idée complexe, un *droit* d'un côté, une *charge* de l'autre. De même qu'une *obligation* a pour corrélatif inséparable une *créance*, la *charge* qui constitue la servitude a pour corrélatif nécessaire un *droit réel*.

L'obligation suppose : 1° un bénéfice, un avantage qui fait l'objet de la créance ; 2° une personne qui le doit, le *débiteur* ; 3° une personne à laquelle il est dû, le *créancier*.

La servitude se compose des mêmes éléments : nous y trouvons aussi un objet du droit, un sujet actif et un sujet passif. L'objet du droit, c'est un service ; le sujet passif est l'héritage qui le doit ; le sujet actif est l'héritage auquel il est dû. L'héritage débiteur du service s'appelle *fonds servant* ; l'héritage auquel il est dû s'appelle *fonds dominant*.

Ainsi, tandis que l'obligation établit un rapport de droit entre *deux personnes*, la servitude établit un rapport de droit entre *deux héritages*.

Cette différence dans la nature des éléments constitutifs de l'*obligation* et de la *servitude* engendre plusieurs autres différences d'un intérêt pratique fort important.

1° L'*obligation* et son corrélatif la *créance* sont restreints passivement et activement à la personne du débiteur et du créancier ou de leurs héritiers. Ainsi la relation n'existe qu'entre deux ou plusieurs personnes *individuellement déterminées*. C'est *telle* ou *telle* personne nommément désignée qui doit le service, *telle* ou *telle* personne qui a le droit de l'exiger.

J'ai promis à Paul de labourer son champ, en même temps et autant de fois que je labourerai un fonds qui est à moi et qui est voisin du sien : l'engagement que j'ai pris envers lui constitue, non pas une *servitude*, une *charge* de ma propriété, mais une *obligation* dont je suis *personnellement* tenu. Cette

(1) Introd. au titre XIII de la cout. d'Orléans, n° 2, [[éd. Bugnet, t. 1er, p. 312.]]

obligation aura tout son effet contre moi, et, après ma mort, contre mes héritiers; mais elle ne sera pas, du moins de plein droit, opposable à ceux qui deviendront, *à titre particulier*, propriétaires du fonds à l'occasion duquel je me suis obligé: si je le vends, si je le donne, si je le lègue, l'acquéreur ne sera point tenu de faire le labourage promis. De même, l'acquéreur aux mêmes titres de l'héritage appartenant à Paul n'acquerra point le droit d'exiger de moi l'exécution de mon obligation. La créance de Paul et mon obligation ne peuvent passer activement et passivement à nos successeurs *particuliers* qu'en vertu d'une clause formelle de leur titre d'acquisition.

La *servitude*, au contraire, et le droit qu'elle a pour corrélatif, étant établis, la charge sur un héritage, le droit au profit d'un autre héritage, existent de plein droit, passivement et activement, à l'égard de *toute personne*, quelle qu'elle soit, qui a la propriété du fonds servant ou du fonds dominant. Ainsi, les servitudes constituent des *qualités* actives ou passives qui suivent, en quelques mains qu'ils passent, les héritages dont elles sont des dépendances (1). Soit une servitude de passage, établie sur le fonds A pour le service du fonds B : toute personne quelle qu'elle soit, qui acquerra, à quelque titre que ce soit, par succession, donation, vente ou échange......, la propriété du fonds A, devra subir le passage ; et, réciproquement, le droit de passer sur le fonds A appartiendra à toute personne qui, par une cause quelconque, deviendra propriétaire du fonds B (*a*).

2° En principe, l'*obligation* ne s'éteint ni passivement, ni activement par la mort du débiteur ou du créancier ; elle passe, après leur décès, à leurs héritiers. Les *servitudes*, au contraire, étant établies sur un héritage pour le service d'un autre héritage, et les fonds n'ayant point de successeurs, lorqu'ils périssent, elles s'éteignent nécessairement par la perte du fonds dominant ou du fonds servant.

3° Le débiteur peut se libérer de son *obligation* par le paiement qu'il a le droit d'en faire lorsqu'elle est échue. La *servitude*, au contraire, ne confère point un pareil droit au propriétaire du fonds servant : c'est vainement que, pour s'af-

---

(1) *Quid aliud sunt jura prædiorum quàm prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo ?* Celsus, L. 86 D., *De verb. signif.* (L. XVI).

(*a*) Telle est la règle, mais les servitudes discontinues et non apparentes doivent être enregistrées pour valoir à l'égard des tiers-acquéreurs et créanciers subséquents : voy. l'art. 2116 *a*.

franchir de la servitude qui le grève, il en offre le prix au propriétaire du fonds dominant. Celui-ci ne peut pas être contraint d'accepter l'offre qui lui est faite : la servitude est, en effet, un démembrement du droit de propriété, une qualité du fonds dominant, et personne ne peut être contraint de vendre la chose qui fait partie de son domaine (art. 407).

4° L'*obligation* met le débiteur tantôt dans la nécessité de faire quelque chose au profit du créancier, tantôt dans la nécessité de ne pas faire une chose qui lui nuirait, tantôt, enfin, dans la nécessité de souffrir qu'il fasse telle ou telle chose que lui, débiteur, sans l'obligation qu'il a contractée, aurait le droit d'empêcher.

Quant à la *servitude* elle peut bien conférer au propriétaire du fonds dominant le droit de faire sur le fonds servant certains actes de maître, comme, par exemple, le droit d'y passer pour l'exploitation de son fonds, ou imposer au propriétaire du fonds servant, l'obligation de n'y pas faire certains actes qui pourraient nuire au propriétaire voisin, comme, par exemple, l'obligation de ne pas hausser sa maison, afin de ne pas nuire aux vues d'une autre maison ; mais, jamais elle ne consiste à *faire quelque chose*. Elle n'est due, en effet, que par l'héritage sur lequel elle est établie, et ce n'est qu'indirectement qu'en souffre le propriétaire ; or, si une *personne* peut être obligée *à faire quelque chose*, on conçoit qu'il n'en saurait être de même d'*un héritage*. La servitude ne consiste donc, en général, *qu'à souffrir* ou *à ne pas faire* (1). Le propriétaire auquel elle appartient doit, s'il veut en jouir et la conserver, faire à ses frais tous les travaux qui sont nécessaires à ce double effet ; il ne peut rien exiger du propriétaire du fonds servant, si ce n'est qu'il s'abstienne de tous actes qui pourraient entraver l'exercice de son droit.

Les parties peuvent, il est vrai, déroger à cette règle par une convention spéciale : elles peuvent convenir, par exemple, que le passage, qui fait l'objet de la servitude, sera entretenu aux frais du propriétaire de l'héritage sur lequel il est établi. Mais, dans ce cas même, ce n'est pas, à proprement parler, le propriétaire du fonds servant qui est obligé, c'est plutôt le fonds lui-même. Le propriétaire n'est tenu qu'indirectement et en sa qualité de propriétaire. De là, pour lui, la faculté de s'affranchir de l'obligation dont il est chargé, en abandonnant

(1) *Servitutum non ea natura est ut aliquid facias quis, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*. Pomponius, L. 15, § 1, D., *De servit.* (VIII, 1).

le fonds assujetti au propriétaire du fonds dominant (art. 553 à 555). La même faculté n'a jamais lieu pour les *obligations*. C'est vainement que, pour s'en affranchir, le débiteur offre l'abandon de son patrimoine : il peut toujours, si le créancier l'exige, être contraint de les exécuter.

— "Pour l'utilité.." Ajoutez : ou pour l'*agrément*..

"D'un héritage.. (*a*)" A la différence de l'usufruit et de l'usage, qui sont établis sur un héritage pour l'avantage et l'utilité d'*une personne* autre que le propriétaire de cet héritage.

— Le droit romain reconnaissait deux sortes de servitudes, les servitudes *réelles* et les servitudes *personnelles*.

La servitude était *réelle* lorsque la charge qui la constituait était établie sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'*un autre héritage*. Elle était *personnelle* lorsqu'elle était établie sur une chose pour l'avantage et l'utilité d'*une personne* autre que le propriétaire de l'objet assujetti ; tels étaient les droits d'*usufruit*, d'*usage* et d'*habitation*.

Notre code, qui admet les mêmes droits, a évité de leur donner la qualification de *servitudes personnelles*. Ces expressions ont paru dangereuses. Quoique juridiquement exactes, elles auraient pu rappeler le souvenir des institutions féodales et blesser la susceptibilité des hommes peu éclairés, qui, se méprenant sur leur sens véritable, y auraient vu peut-être l'*assujettissement d'une personne envers une autre*. Les rédacteurs du code, qui voulaient prévenir cette méprise, ont cru devoir écarter les expressions qui aurait pu la faire naître.

[[C'est encore, sous l'empire de cette crainte, je l'ai dit, que les auteurs du code Napoléon ont cru devoir insérer les mots "services fonciers" dans la rubrique de ce titre. Et afin de protester d'une manière plus énergique encore contre toute interprétation contraire à leur pensée, ils ont ajouté, dans l'article 638 du code Napoléon, que "la servitude n'établit "aucune prééminence d'un héritage sur l'autre." Et l'on décide, par application de cette disposition, que la convention qui aurait pour but]] d'assujettir le fonds A envers le fonds B, en ce sens que le premier ne serait aliénable qu'avec l'assenti-

---

(*a*) La cour de cassation a décidé qu'une servitude ne pouvait être imposée sur un arbre. Par *héritage*, on entend les fonds de terre ou les bâtiments. Ainsi, on ne saurait imposer une servitude sur une chose qui est immeuble par destination ou par l'objet auquel elle s'attache. On ne le saurait faire non plus sur un immeuble qui est hors du commerce. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1er, no 1414.

ment du propriétaire du second, et sous la condition de lui payer une certaine somme pour droit de vente, ainsi que le vassal y était autrefois assujetti envers le seigneur, serait radicalement nulle (1).

[[Mais nos codificateurs — qui ont supprimé les mots "services fonciers" dans la rubrique de ce titre—ont écarté l'article 638 du code Napoléon "comme tout à fait inutile dans nos circonstances." Il est donc clair et il va sans dire que la servitude, dans notre droit, n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. Les droits seigneuriaux ont été abolis dans ce pays dès avant la confection du code civil, et l'article 5505 des statuts refondus de la province de Québec porte expressément que "nulle terre ou fonds n'est concédé par un "seigneur pour être tenu autrement que sous la tenure en "franc-alleu roturier, ou être sujet à des droits de mutation "ou autres redevances féodales." Je ne vois donc pas comment on repousserait, dans notre droit, la conséquence que l'on tire, en France, de l'article 638 du code Napoléon.]]

— "Appartenant à un propriétaire différent." On ne peut avoir de servitude sur son propre fonds : *Nemini res sua servit.* La servitude, en effet, n'ajouterait rien au droit de propriété, puisque ce droit est le plus absolu qu'on puisse avoir sur une chose. Ainsi, lorsqu'un propriétaire établit un passage sur l'un de ses fonds pour l'usage et l'exploitation d'un autre fonds qui est à lui, ce n'est point *jure servitutis*, mais *jure dominii*, qu'il en use.

— Quoique la *contiguïté* des deux héritages soit, dans la plupart des cas, une condition matérielle de l'existence de la servitude, elle n'en est pas pourtant une condition essentielle : la servitude peut, en effet, être de telle nature qu'on puisse atteindre le but pour lequel elle a été établie, bien qu'il existe un fonds libre entre le fonds dominant et le fonds servant. Telle est, par exemple, la servitude d'aspect. Ainsi, le propriétaire d'une maison peut très bien stipuler du propriétaire du fonds A, qu'il ne bâtira pas sur son terrain, quoiqu'il existe entre sa maison et le fonds A un terrain libre de la même servitude. Dans ce cas, la servitude sera et restera utile tant que le propriétaire du terrain intermédiaire n'y fera pas obstacle en bâtissant (*a*).

— En résumé, pour qu'il y ait servitude, il faut deux héri-

---

(1) M. Laurent, t. 7, n° 126.

(*a*) En ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, t. 1er, n° 1414.

tages, dont l'un est assujetti au service de l'autre. — Les deux héritages doivent appartenir à deux maîtres différents. — Il n'est pas essentiel qu'ils soient contigus.

La servitude est un droit réel qui, activement et passivement, suit le fonds dominant ou le fonds servant partout où il passe.

Elle consiste, de la part du propriétaire du fonds asservi, à souffrir ou à ne pas faire quelque chose : elle ne l'oblige point à faire. Il peut toutefois s'engager par une convention expresse à faire les travaux nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude; mais, comme il n'est toujours tenu que *propter rem*, à l'occasion du fonds asservi, il peut, en l'abandonnant, s'affranchir de son obligation.

[[Il peut y avoir assez souvent doute sur la question de savoir si le droit qu'une personne prétend exercer sur un immeuble est une *servitude* ou un droit de *copropriété*. Ainsi, un passage sépare deux fonds, ou bien sert à l'un des fonds pour issue à travers l'autre fonds jusqu'à la voie publique. Est-ce un droit de copropriété ou une servitude (*a*) ? C'est là la question qui s'est agitée, dans notre jurisprudence, dans la cause de *Hotte & Fauteux* (R. J. Q., 5 B. R., p. 38), que je rapporterai plus loin. La cour supérieure avait vu copropriété là où la cour d'appel n'a trouvé que servitude. Il peut y avoir également la même difficulté lorsqu'il s'agit d'un abreuvoir ou d'une source desservant deux terres, d'une porte cochère, d'une cour, d'un puits ou d'une fosse d'aisances affectés au service de deux maisons. Ainsi, on le voit, la question présente un très grand intérêt. Je signalerai les principales différences pratiques entre les deux droits. Ainsi :

1° Le droit de copropriété peut s'acquérir par prescription, la servitude ne le peut pas ;

2° Le copropriétaire peut exercer l'action possessoire, le propriétaire de la servitude ne peut le faire (*b*);

(*a*) Cela peut encore être un droit de propriété exclusive, mais je préfère ne comparer la servitude qu'avec la copropriété, car c'est surtout entre ces deux droits que la confusion est à craindre.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1417 *bis*, admet l'exercice de l'action possessoire dans le cas des servitudes continues et apparentes : il se fonde sur le motif que ces servitudes peuvent s'acquérir par prescription en France. Dans notre droit la prescription n'est pas un mode d'acquérir les servitudes : celui qui les réclame doit produire un titre, car il n'y a point de servitude sans titre, et la possession même immémoriale ne supplée pas à ce défaut (art. 549). Il est donc clair qu'il ne peut être question d'action possessoire à l'égard d'une servitude dans notre droit.

3° Le droit du copropriétaire est bien plus étendu que le droit de celui qui n'a qu'une servitude ; le premier peut se servir de la chose pour tous les usages qu'elle comporte, le second ne peut en faire que l'usage stipulé en son titre ;

4° La servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans ; la propriété même abandonnée dure toujours pourvu qu'elle ne soit pas acquise par prescription au profit d'un tiers ;

5° Quelquefois la servitude peut être transférée d'un endroit à un autre (art. 557) ; la propriété au contraire reste fixe ;

Mais comment distinguer les cas où il y a copropriété de ceux où il n'y a que servitude ? Evidemment il faut tout d'abord consulter le titre. Ainsi, par un partage on a laissé un passage à l'usage des copartageants ; si les termes du titre ne sont pas précis, on présumera assez facilement que, puisque les parties étaient copropriétaires du terrain affecté au passage avant le partage, elles en sont restées copropriétaires depuis, car au cas de propriété du terrain du passage pour l'un des copartageants et de servitude pour les autres, il aurait fallu une convention bien précise. Si les parties ne produisent pas de titre, alors le tribunal jugera suivant les circonstances et d'après la preuve légalement faite, en se rappelant que la servitude ne peut jamais avoir pour base la possession quelque longue qu'elle puisse être, et que la copropriété, au contraire, peut s'acquérir par prescription.

Le copropriétaire peut-il demander le partage de la chose commune, comme le passage, qui lui appartient avec d'autres ? Malgré les termes généraux de l'article 689, il faut tenir, avec la jurisprudence en France, que le partage ne peut être admis en ce cas, car la chose est nécessaire à chacun des copropriétaires (*a*).

M. Baudry-Lacantinerie (n° 1417 *bis*) justifie cette exception en invoquant le principe de la mitoyenneté, laquelle est une communauté avec indivision forcée. Le code ne parle, il est vrai, que des murs, des fossés et des haies mitoyens, mais ses termes n'ont rien de limitatif. Quand des copropriétaires consacrent un terrain à un passage, ou établissent une porte cochère commune, leur intention est que cette chose leur soit mitoyenne.

Avant de citer la jurisprudence de nos tribunaux sur ces questions, précisons encore une fois la distinction entre la servitude réelle et la servitude personnelle.

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert, sur l'article 815 C. N., n°s 9 et suiv.

Le même droit, remarque M. Baudry-Lacantinerie, nº 1418, peut être l'objet d'une obligation, d'une servitude personnelle ou d'une servitude réelle. Ainsi, A possède une maison, B une forêt. La maison de A a besoin de vingt-cinq cordes de bois par année. A peut stipuler avec B que ce dernier lui fournira ce bois chaque année, et ce sera une obligation personnelle ; ou bien, il peut se faire concéder le droit de couper lui-même ce bois, et ce sera un droit d'usage, soit une servitude personnelle ; ou enfin, il peut être convenu que le fonds de A aura droit à perpétuité à vingt-cinq cordes de bois à prendre dans la forêt de B, et alors on aura constitué une servitude réelle. Dans le premier cas le droit est personnel, dans les deux autres, il est réel.

Les principales différences entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles, c'est que celles-ci sont établies au profit d'un fonds, les autres au profit d'une personne ; les premières peuvent être constituées sur une chose mobilière ou immobilière, les secondes sur un immeuble seulement ; enfin, les servitudes personnelles sont temporaires, les servitudes réelles sont perpétuelles, tant du moins que les fonds dominant et servant appartiennent à des propriétaires distincts, ou qu'il n'y a pas eu non-usage pendant trente ans.

Citons ici, à titre d'exemple, quelques arrêts qui ont tenté d'établir ces distinctions dans des cas qui présentaient beaucoup de difficulté.

Dans les espèces suivantes, nos tribunaux ont trouvé une servitude réelle :—

Lorsque le propriétaire d'un emplacement avait stipulé le droit de pacager des animaux sur une terre : *Dorion & Rivet*, cour d'appel (7 L. C. R., p. 257) ;

Lorsque l'acte de vente d'un terrain stipulait que toute bâtisse qu'érigerait l'acquéreur sur ce terrain, serait en ligne avec celle du vendeur : *Hamilton & Wall*, cour d'appel (24 L. C. J., p. 49) ;

Lorsque le propriétaire d'un moulin à farine et d'un moulin à scie vendait le moulin à scie en stipulant, pour protéger son moulin à farine, que l'acquéreur ne pourrait y moudre d'autres grains que l'avoine : *Dupuis & Dufresne*, cour d'appel (3 D. C. A., p. 170).

Au contraire, on a jugé qu'il n'y avait pas de servitude réelle :

Lorsque les propriétaires par indivis d'une seigneurie avaient partagé cette seigneurie en stipulant qu'aucun des co-

partageants ne pourrait ériger un moulin à farine dans un rayon d'une lieue des moulins à farine alors existants, et que plus tard un terrain faisant partie de la même seigneurie fut vendu par le représentant de l'un des copartageants, avec stipulation portant que les acquéreurs ne pourraient y construire aucun moulin à farine (*a*) : *Mondelet* & *Roy*, cour d'appel (4 D. C. A., p. 7, et M. L. R. 1 Q. B., p. 9) ;

Lorsque, dans un acte de vente, l'acquéreur d'une partie d'un immeuble s'était obligé, vis-à-vis de son vendeur, qui demeurait en possession du restant de la propriété, d'ériger une clôture sur la portion vendue, près d'une rivière qui séparait les deux propriétés : *McCuaig* v. *Chénier* (R. J. Q., 3 C. S., p. 107), Doherty J., et confirmé en révision.

Enfin, dans la cause récente de *Hotte* & *Fauteux* (R. J. Q., 5 B. R. p. 38), il s'agissait de la distinction entre la servitude et la copropriété. Les parties avaient établi un passage mitoyen entre leurs propriétés, chacun d'eux fournissant à cet effet quatre pieds de terrain. La cour supérieure (R. J. Q., 7 C. S., p. 514) avait décidé qu'il y avait là copropriété, chacune des parties étant propriétaire de toutes les parties du passage, mais ce jugement a été infirmé par la cour d'appel qui a jugé que cette convention avait créé, non pas un droit de copropriété, mais une servitude de passage, et que chaque voisin était resté propriétaire de la lisière de terrain qu'il avait fournie.]]

II. Division des servitudes tirée de leur origine. — Les servitudes dérivent :

Ou de la situation naturelle des lieux ;

Ou de la loi ;

Ou enfin du fait de l'homme. [[C'est-à-dire soit d'une convention, soit d'un testament (*b*).]]

(*a*) Le juge Ramsay, parlant au nom du tribunal, a déclaré que l'acte de partage avait constitué une servitude réciproque en faveur de chaque partie de la seigneurie, servitude qui avait disparu par suite de l'abolition des droits seigneuriaux, mais que l'acte de vente ne créait qu'une obligation personnelle, attendu qu'il n'indiquait aucun héritage dominant.

(*b*) Telle est la portée de l'aticle 500 qui se lit comme suit :

"Elle dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou de la loi ; ou elle est établie par le fait de l'homme."

Cet article est plus explicite que l'article 639 du code Napoléon qui dit que les servitudes dérivent "*des obligations imposées par la loi* ou des *conventions entre les particuliers*", au lieu des mots "*de la loi ou du fait de l'homme.*" En cela, nos codificateurs se sont inspirés des critiques des commentateurs du code Napoléon.

Ainsi, trois classes de servitudes :

1° Les servitudes dérivant de la situation naturelle des lieux ou *servitudes naturelles ;*

2° Les servitudes établies par la loi ou *servitudes légales ;*

3° Les servitudes établies par le *fait de l'homme.*

—Cette division tripartite des servitudes peut être critiquée sous plusieurs rapports :

1° La distinction des servitudes en servitudes *naturelles* et servitudes *légales* n'existe, à vrai dire, que dans les mots et non dans les choses. Les premières, en effet, sont, de même que les secondes, établies par la loi ; et réciproquement, les secondes, comme les premières, ne sont consacrées par la loi qu'à raison de la situation naturelle des lieux. N'est-il pas vrai, par exemple, que la nécessité de contribuer au bornage des propriétés voisines (art. 505) et à la construction des murs de clôture, dans certains cas déterminés (art. 520), constituent des droits et des obligations d'une nature tout à fait identique ? Il fallait donc les comprendre sous une même rubrique. Ce n'est pas pourtant ce qu'a fait la loi. Elle a placé parmi les *servitudes naturelles* l'obligation du bornage, et parmi les *servitudes légales* l'obligation de contribuer à la construction des murs de clôture !

On a cependant essayé de justifier cette distinction. " Certaines servitudes, a-t-on dit, sont d'une nécessité si absolue qu'elles ne peuvent pas ne pas exister ; elles résultent si impérieusement de la nature même des choses, qu'on les trouve établies dans tous les temps et dans toutes les législations : la loi ne les crée pas, elle ne fait que se les approprier et les revêtir de sa sanction. Telle est, par exemple, la nécessité pour les fonds inférieurs de recevoir les eaux qui découlent naturellement des fonds supérieurs (art. 501). Cette servitude est un effet nécessaire de l'ordre de la nature : la loi la confirme et en règle les effets, elle ne l'établit point. Dès lors, il n'y a rien d'illogique à dire qu'elle dérive de la situation naturelle des lieux.

" Il en est d'autres, au contraire, que la nature des choses ne rend point absolument nécessaires mais que la loi a cru devoir établir pour la plus grande commodité des héritages. Celles-ci ont quelque chose d'arbitraire ; on comprendrait qu'elles n'existassent point. Elles n'ont même pas toujours été admises et consacrées comme les premières ; bien plus, elles sont inconnues chez certains peuples. C'est donc la loi qui les crée, qui

les établit de son propre chef : c'est d'elle, par conséquent, qu'elles dérivent " (1).

Quoi qu'il en soit, il sera toujours vrai de dire que cette distinction ne présente aucun intérêt quant à l'application des règles du droit.

2° Les servitudes de la première classe (les servitudes *nautrelles*) et celles de la seconde classe (les servitudes *légales*) ne sont point des servitudes proprement dites : il n'y a, en effet, de servitudes, de servitudes véritables, que celles qui sont établies *par le fait de l'homme*. Ce point demande quelques explications.

Une servitude, ainsi que le mot l'indique, est une atteinte, une entrave, apportée à l'état de liberté : c'est, par conséquent, une *exception*, une dérogation au droit commun, à ce qui est de règle.

Il faut donc, pour reconnaître les servitudes, rechercher quel est l'état de liberté des héritages, le droit commun de la propriété foncière.

S'il était de la nature du droit de propriété d'être *absolu* et *sans limites*, toute entrave qui en gênerait l'exercice serait une *servitude*, mais tel n'est point le caractère de la propriété. La nature elle-même la soumet à certaines charges (voy. l'art. 501); de son côté, la loi a pris soin de la renfermer dans certaines limites (voy. l'art. 406). Ces limites ou restrictions apportées au droit de propriété ne le détruisent pas ; elles le confirment, au contraire, en lui donnant des modalités d'existence.

La propriété ainsi réglée a donc son existence juridique, pleine et entière. Comment, dès lors, appeler cette situation *une servitude ?* Où est l'assujettissement d'un fonds à un autre ? Cette condition normale, légale, de la propriété, n'est-elle pas, au contraire, la liberté, liberté réglée, il est vrai, mais semblable en cela à toutes les libertés ?

En d'autres termes, la *servitude* consiste dans une dérogation au droit commun ; le droit commun n'est donc pas une servitude ! Or, les charges de la propriété, établies par notre chapitre I et par notre chapitre II sous le nom de *servitudes naturelles* et de *servitudes légales*, étant imposées *à tous les fonds indistinctement*, ou au moins à tous ceux qui se trouvent dans une situation déterminée, forment le droit commun de la propriété.

---

(1) M. Demol., *Traité des servitudes*, t. 1er, n° 7, (t. 11 de la collection); [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1424.]]

Ainsi, le fonds qui n'est assujetti qu'aux charges établies par la loi est dans son état de *liberté légale* ; il n'est point *en servitude.*

Cette propriété ainsi organisée, peut être modifiée par le propriétaire : il peut en détacher une partie pour la rattacher à un autre droit de propriété, dont elle augmente l'utilité. Dans ce cas la propriété démembrée au profit d'un autre n'est plus dans son état normal, régulier ; sa liberté est entravée : il y a *servitude.*

La servitude, en un mot, est une modification de la propriété, *telle qu'elle est organisée par notre code* : on ne peut, par conséquent, considérer comme de véritables servitudes que les modifications que le propriétaire apporte volontairement à son droit de propriété. En d'autres termes, il n'y a de servitudes proprement dites que celles qui *sont établies par le fait de l'homme.*

C'est bien ainsi qu'on l'entend dans la pratique. Soit la vente d'un immeuble faite sous cette déclaration qu'il *est franc et libre de toutes servitudes :* cette clause, si générale qu'elle soit, ne s'entend pourtant que des servitudes établies par le fait de l'homme. Ainsi, l'acheteur n'aurait pas le droit de se plaindre, sous prétexte que le fonds qui lui a été vendu est dans la nécessité de recevoir les eaux qui découlent naturellement d'un fonds supérieur. (1)

Sous un autre rapport encore, la loi est défectueuse.

Les relations de droit que la loi a établies entre les propriétaires voisins, et qu'elle qualifie si mal à propos de *servitudes,* ne sont en réalité que des *obligations,* ainsi qu'elle le reconnaît elle-même dans l'article 1370 C. N. (*a*).

Toutefois, bien que cette qualification de *servitudes* appliquée à de simples *obligations* soit doctrinalement vicieuse, la loi s'en étant servie, nous devons tirer les conséquences légales que cette expression comporte. Ainsi :

1° De même que les *servitudes,* ces *obligations* sont attachées activement et passivement aux héritages qu'elles concernent ; elles les suivent, par conséquent, en quelques mains qu'ils passent ;

2° Comme les propriétaires des héritages qui y sont assu-

---

(1) M. Demol., t. 11, n° 8 ; M. Laurent, t. 7, n°s 171 et 172 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1425.]]

(*a*) Nous n'avons pas cet article. Voyez cependant les articles 963 et 1041 de notre code.

jettis n'en sont tenus que *propter rem*, ils peuvent s'en affranchir par l'abandon de l'héritage à l'occasion duquel ils sont obligés ;

3° Les actions auxquelles elles donnent lieu constituent, comme celles qu'engendrent les servitudes, de véritables actions *réelles immobilières* (1) [[On peut, par conséquent, les intenter soit devant le tribunal de la situation des immeubles auxquels elles se rapportent, soit devant celui du domicile du défendeur, sauf le cas où il y a plusieurs défendeurs domiciliés en différents districts, le tribunal de la situation étant alors seul compétent (art. 37 et 38 C. P. C.).

Ajoutons que les servitudes légales ou naturelles qui ne touchent pas à l'ordre public, peuvent être modifiées par l'effet d'une convention. Voyez M. Baudry-Lacantinerie, n° 1425 *bis*.

III. Actions auxquelles une servitude peut donner lieu. — On distingue, sous ce rapport, deux actions, réelles toutes deux, qui ont pour but, soit de faire maintenir une servitude, soit de la faire déclarer non avenue : l'*action confessoire* et l'*action négatoire*.

L'*action confessoire* est celle par laquelle celui à qui appartient un droit de servitude sur un héritage, conclut contre celui qui le trouble dans l'usage de cette servitude, à ce que l'héritage soit déclaré y être sujet, et qu'il soit fait défenses au défendeur de l'y troubler *(a)*.

L'*action négatoire*, au contraire, tend à la suppression de la servitude. Elle s'intente par le propriétaire d'un héritage contre celui qui s'attribue sans droit quelque servitude sur cet héritage, et on y conclut à ce que l'héritage soit déclaré franc de cette servitude, et qu'il soit fait défenses au défendeur d'en user.

Ces actions nous viennent de l'ancien droit et je me suis servi des termes mêmes de Pothier pour les définir *(b)*.]]

---

(1) M. Demol., t. 11, nos 10 et 11 ; M. Laurent, t. 7, nos 173 et 174.

(a) Cette action prend souvent la forme de l'*action en dénonciation de nouvel œuvre*.

(b) *Introd. au tit. XIII de la cout. d'Orléans*, n° 11.

CHAPITRE PREMIER.—Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux.

Les servitudes dites *naturelles* sont relatives :
1° Aux eaux ;
2° Au bornage des propriétés contiguës ;
3° A la clôture.

§ I—*Des eaux.*

La loi réglemente tout d'abord cette nécessité de fait qui assujettit les fonds inférieurs, envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent *naturellement et sans que la main de l'homme y ait contribué.*

[[C'est la disposition de l'article 501, copie textuelle de l'article 640 du code Napoléon, et qui est en ces termes :

501. " Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui " sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent natu- " rellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

" Le propriétaire inférieur ne peut pas élever de digue qui " empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut " rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur."]]

Il résulte des termes mêmes de cette disposition qu'elle n'a trait qu'aux eaux qui suivent le cours que la nature elle-même, c'est-à-dire que la configuration primitive des héritages leur a imprimé, et qu'ainsi elle ne s'applique point à celles qui ont été détournées de leur cours naturel, ou qui ont jailli de la terre par le fait de l'homme. Il y aura donc toujours une question de fait à vérifier. Les eaux pluviales, les eaux qui proviennent de la fonte des neiges ou qui découlent des terres par infiltration, suivent-elles le cours que l'inclinaison *naturelle* des terrains leur a imprimé : l'héritage inférieur est obligé de les recevoir. Leur cours naturel a-t-il été changé par la main de l'homme : le propriétaire du fonds inférieur peut demander la destruction des travaux qui les ont dirigées de son côté. Il en est de même des eaux de source : si elles ont jailli d'elles-mêmes, sans que la main de l'homme y ait contribué, les héritages situés au-dessous de celui dans lequel ces eaux ont leur source sont obligés de les recevoir ; que si, au contraire, le propriétaire du fonds supérieur est allé chercher dans les entrailles de la terre la source qui s'y tenait captive,

il n'a pas le droit de faire écouler sur les fonds inférieurs les eaux qu'il a fait surgir à la surface du sol. S'il ne parvient pas à les contenir chez lui dans un réservoir, ou à les faire perdre dans le sol ou sur la voie publique, les propriétaires des fonds inférieurs peuvent exiger que la source soit comblée ou tout au moins, demander une indemnité pour le dommage qu'ils éprouvent (*a*).

En ce qui concerne les eaux de *ménage*, les eaux qui proviennent de l'égout d'un toit, les fonds inférieurs ne sont, en aucun cas, tenus de les recevoir, puisqu'elles n'y coulent ou qu'elles n'y tombent toujours que par le fait de l'homme,

Le propriétaire du fonds inférieur ne peut point faire des travaux, élever des digues, pour empêcher l'écoulement des eaux qui viennent naturellement du fonds supérieur dans le sien.

Réciproquement, le propriétaire du fonds supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. Il ne lui serait point permis, par exemple, de faire sur son terrain des travaux qui auraient pour effet de rendre l'écoulement des eaux plus véhément ou plus rapide.

L'intérêt de l'agriculture avait fait admettre, en droit romain, un tempérament à notre règle ; le propriétaire d'un fonds supérieur était autorisé à y pratiquer des rigoles pour l'écoulement des eaux qui, par leur séjour dans le fonds, auraient pu nuire à la semence et empêcher la récolte. Bien que le cours de ces eaux eût été créé ou rendu plus rapide *par le fait de l'homme*, les propriétaires des fonds inférieurs étaient obligés de les recevoir (1). Cette décision ne devrait pas être admise dans notre droit, si l'on s'en tenait rigoureusement au texte de l'article 501 de notre code ; mais l'esprit de la loi la justifie. Il n'y aurait point, en effet, d'agriculture possible avec l'interprétation contraire. Telle est l'opinion unanime des auteurs (2).

[[Nos tribunaux ont souvent eu l'occasion de s'occuper de la disposition de l'article 501 et surtout de la défense qu'elle fait au propriétaire du terrain supérieur d'agraver la servitude

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 1429, enseigne que cette décision a lieu même lorsque la source a jailli par suite de travaux qui n'avaient pas été accomplis dans cette vue, comme, par exemple, en creusant les fondations d'une maison.

(1) Ulpien, L. 1, §§ 3 et suiv., D., *De aquâ et aquæ pluviæ arcendæ* (XXXIX, III).

(2) MM. Aubry et Rau, t. 3, § 240, p. 11 ; Laurent, t. 7, nº 370 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 1432.]]

du fonds inférieur. Je rapporterai cette jurisprudence succinctement.

Dans la cause de *The Grand Trunk Ry Co.* & *Landry* (11 R. L., p. 590), la cour d'appel a jugé qu'une compagnie de chemin de fer qui, par ses travaux de terrassement, empêche l'écoulement des eaux d'une propriété qui longe son chemin, est responsable des dommages causés par l'eau à cette propriété.

Le conseil privé, dans la cause de *Fréchette* & *La compagnie manufacturière de St-Hyacinthe* (conseil privé, 9 App. Cas., p. 170 ; 28 L. C. J., p. 202 ; 7 L. N., p. 34 ; cour d'appel, 1 D. C. A., p. 378), a décidé que le propriétaire d'un terrain supérieur qui avait fait des travaux dont l'effet était d'accumuler les eaux et d'augmenter la profondeur du canal d'écoulement, avait aggravé la servitude du fonds inférieur.

Dans la cause de *La corporation de la paroisse de Ste-Anne du Bout de l'Ile* & *Reburn* (M. L. R., 1 Q. B., p. 200), la cour d'appel a permis à un contribuable d'attaquer un procès-verbal établissant un cours d'eau, lorsque ce cours d'eau avait pour effet d'aggraver la servitude subie par son terrain, dont le niveau était plus bas que celui des terrains voisins (*a*). Cette décision a été confirmée par la cour suprême (15 *Supreme Court Reports*, p. 92).

La cour d'appel a également jugé, dans la cause de *Faucher* & *Hall* (11 Q. L. R., p. 15), qu'il n'y a pas lieu à une action en complainte ou négatoire au cas de l'écoulement naturel des eaux, même augmentées en volume par la culture, d'un héritage supérieur à un héritage inférieur.

Dans la cause de *Hampson* v. *Vineberg* (15 R. L., p. 391 ; M. L. R., 3 S. C., p. 434), qui est venue à plusieurs reprises devant les tribunaux, le juge Mathieu a décidé que le propriétaire du fonds supérieur peut, sans violer les dispositions de l'article 501, élever des constructions sur son fonds et réunir et diriger les eaux qui en découlent vers le fonds inférieur, et que ce dernier fonds est tenu de recevoir ces eaux dont l'écoulement est ainsi modifié, pourvu que le propriétaire du fonds supérieur ne lui transmette pas d'autres eaux que celles qui, avant ces constructions, tombaient naturellement sur son fonds.

Ce jugement paraît avoir été infirmé par la cour d'appel qui, trouvant la preuve insuffisante, ordonna une expertise. Après le rapport des experts, le juge Pagnuelo (19 R. L., p. 620)

(*a*) Voy. également la décision de la même cour dans la cause de *Bérard dit Lépine* & *La corporation de Berthier* (29 L. C. J., p. 222).

jugea que si les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué, le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur ; qu'il peut bien, il est vrai, faire des changements dans son héritage, en modifier l'exploitation, élever des constructions qui pourraient même augmenter la quantité des eaux qui coulent naturellement sur le fonds inférieur, pourvu qu'il n'envoie pas, sur les fonds inférieurs, des eaux qui, en suivant la pente naturelle du terrain, n'y seraient pas allées ; qu'il peut aussi recueillir et conduire les eaux de ces fonds, par un canal ou drain, pourvu qu'il n'en résulte pas un préjudice sérieux pour les fonds inférieurs. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel (21 R. L., p. 59) (a).

Enfin, dans la cause de *Lapointe* v. *La corporation du comté de Berthier* (R. J. Q., 10 C. S., p. 24), la cour de révision à Montréal a jugé que le propriétaire du fonds inférieur n'est pas tenu de recevoir les eaux du fonds supérieur lorsqu'elles ne s'écoulent plus par leur pente naturelle, mais qu'elles sont recueillies et déversées sur le fonds inférieur au moyen de travaux établis artificiellement et qui modifient la disposition naturelle des lieux.

Mais il y a un autre genre de servitude qui résulte de la situation des lieux et qui se rapporte également aux eaux, mais cette servitude pèse sur le fonds supérieur : elle a pour but de permettre l'égouttage des terrains bas et marécageux et l'écoulement des eaux enclavées. Nous lisons en effet dans l'article 882 du code municipal la disposition suivante :

882. " Les propriétaires ou occupants de terrains bas et " marécageux peuvent construire des cours d'eau sur les ter-" rains voisins, ou se servir de ceux qui y sont déjà faits, " les creuser s'ils ne sont pas assez profonds, les réparer et les " entretenir, en autant qu'il est besoin pour égoutter ces ter-" rains bas et marécageux.

" Les travaux à faire sur ces cours d'eau peuvent être réglés " par règlement, procès-verbaux ou par actes d'accord."

Je ne fais qu'indiquer cette disposition qui vise le cas d'eaux enclavées. La servitude qu'elle crée, suivant l'opinion que la cour de révision a exprimée dans la cause de *Lapointe* v. *La corporation du comté de Berthier* que je viens de citer, ne pourrait être réclamée pour cause d'utilité privée.]]

(a) Appel fut interjeté à la cour suprême, mais cette cour jugea que la cause n'était pas appelable : 19 *Supreme Court Repts.*, p. 369.

— Après avoir posé la règle générale que nous venons d'étudier, la loi règle les droits que les propriétaires peuvent avoir :

1° Sur les eaux à l'état de *source* ;

2° Sur les eaux qui *bordent* leur héritage ·

3° Sur les eaux qui le *traversent*.

I. Des eaux à l'état de source.—Les propriétaires des fonds inférieurs sont *obligés* de recevoir, sans aucune indemnité, les eaux provenant d'une source qui a surgi d'elle-même à la surface du sol ; ils sont obligés de les recevoir, quelque dommage qu'elles leur causent. Mais ils n'ont sur elles aucun *droit*, dans le cas où elles pourraient leur être utiles. La source qui produit ces eaux appartient exclusivement au propriétaire du fonds dans lequel elle se trouve : car la propriété du sol emporte la propriété du dessous comme celle du dessus (art. 414). Il a sur sa source un pouvoir absolu : il peut donc en conduire les eaux dans des puits absorbants, ou les faire servir à tel usage que bon lui semble ; et, alors même qu'il les absorbe en totalité, personne n'a le droit de se plaindre.

[[Cette doctrine se confirme à la lecture de l'article 502 qui est en ces termes :

502. "Celui qui a une source dans son fonds peut en user et " en disposer à sa volonté."

Cet article est la copie textuelle de la première partie de l'article 641 du code Napoléon mais ce dernier article continue comme suit : " sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription."

Cette disposition a été omise par nos codificateurs. Ils expliquent que la partie de l'article 641 du code Napoléon, " qui permet l'acquisition du droit à la jouissance de la source " en question à titre de prescription, a dû être retranchée, " parce que cette jouissance serait une servitude, qui, d'après " notre loi, ne peut s'acquérir sans titre." Quant à la seconde partie, celle qui réserve les droits acquis par le propriétaire du fonds inférieur par titre, elle est, disent-ils, inutile et tombe dans la règle générale. Sur ce sujet comme sur tous les autres qui ne touchent pas à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, la convention est la loi des parties.

Remarquons cependant, pour mémoire seulement, que M. Baudry-Lacantinerie, n° 1433, note (1), conteste cette doctrine des auteurs que le propriétaire du terrain est propriétaire des sources qui y jaillissent. Selon lui, les eaux souterraines sont *res nullius*. Au moment où elles font leur apparition sur

un fonds, dit-il, le maître de ce fonds peut en acquérir la propriété par l'occupation, et s'il ne le fait pas, s'il laisse couler la source naturelle vers les fonds inférieurs, il use bien de son droit, mais, dans ce cas, l'eau devient *res communis* sur laquelle les riverains ont les droits que leur reconnaît l'article 503.

On a jugé, en France, que lorsque les veines alimentaires d'une source traversent plusieurs fonds, et que le propriétaire de l'un de ces fonds, en creusant un puits sur son terrain, fait tarir cette source, le propriétaire du terrain où la source jaillissait ne peut lui réclamer aucune indemnité, car le constructeur du puits n'a fait qu'user de son droit : cassation, 25 octobre 1886, Dalloz, 1887. 1. 426 ; Sirey, 1887. 1. 373. Toutefois, M. Baudry-Lacantinerie, n° 1433, fait remarquer que "le " droit de s'approprier par des fouilles ou des sondages les " eaux qui alimentent une source voisine, peut se trouver " restreint soit par une convention, soit par l'établissement " d'une servitude à laquelle l'exercice de ce droit porterait " atteinte."

Dans un arrêt tiré de notre propre jurisprudence, *Demers* v. *Bureau* (12 Q. L. R., p. 188), le juge Andrews a jugé que le propriétaire d'un terrain sur lequel se trouve une source dont l'eau, en se répandant, forme un petit cours n'eau, qui, grâce à la déclivité du sol, coule naturellement sur la propriété voisine, a seul la propriété de cette eau, à l'exclusion du voisin, et peut détourner et diriger le cours de cette eau comme il l'entend. Le tribunal a cru, dans l'espèce, qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 502 et non l'article 503.

Les articles 642 et 643 du code Napoléon ont également été omis. Le premier règle les conditions de la prescription des eaux de la source par le propriétaire inférieur. Nous avons vu que la prescription n'est pas un mode d'acquisition des servitudes ; le seul moyen d'acquérir la source par prescription, c'est d'acquérir, par cette prescription, le terrain lui-même qui la contient. L'article 643 du code Napoléon porte que le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts. Cette réserve, disent les codificateurs, n'est pas de notre droit, et son introduction n'a pas été regardée comme nécessaire.]]

II et III. Des eaux qui bordent ou qui traversent un héritage.— Le propriétaire qui a une source dans son fonds a sur elle un

droit absolu : il en use à sa volonté. Il peut laisser couler sur les fonds inférieurs l'eau qu'elle produit, ou, s'il le préfère, la retenir sur le sien dans des bassins, canaux ou étangs pratiqués à cet effet : il en fait, en un mot, tel usage que bon lui semble.

Cette eau, lorsque le propriétaire la laisse couler, forme bientôt un ruisseau, puis un véritable cours d'eau, qui *borde* ou qui *traverse* un grand nombre d'héritages. Quels droits ont alors sur elle les propriétaires de ces héritages ?

La loi a dû, pour les régler, distinguer les deux situations qui viennent d'être indiquées.

Le cours d'eau *borde-t-il* d'un seul côté l'héritage dont il s'agit de déterminer les droits : le propriétaire de cet héritage n'a sur l'eau qu'un droit restreint et limité, 1° par le droit parallèle du propriétaire de la rive opposée (l'eau qui sépare leurs propriétés est mitoyenne entre eux ; chacun d'eux a sur elle des droits égaux) ; — 2° par le droit des héritages inférieurs.

Le cours d'eau *traverse-t-il* l'héritage, qui lui sert ainsi de limites des deux côtés : le propriétaire de cet héritage n'a point à ménager les intérêts d'un riverain opposé. Son droit n'est limité que par le droit des propriétaires des héritages inférieurs ; on lui accorde donc l'usage absolu de l'eau, sous la seule condition de la rendre, après ses besoins satisfaits, à la sortie de son fonds, à son cours naturel.

[[Remarquons qu'il n'est question, dans l'article 503, que des rivières non navigables et non flottables ; les autres sont des dépendances du domaine de la couronne (art. 400), et on ne peut en user, dans le sens de l'article 503, sans la permission du gouvernement. Il convient, toutefois, d'ajouter que l'exception prévue par l'article 503 a été étendue par la jurisprudence aux rivières flottables, et, quant à celles-ci, de même que quant aux cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, il importe de se demander si ces rivières et cours d'eau traversent un héritage ou le bordent seulement.

Avant, cependant, de nous occuper de ces deux situations, il convient de bien nous rendre compte de la portée de notre article 503 qui se lit comme suit :

503. " Celui dont l'héritage borde une eau courante ne fai-
" sant pas partie du domaine public, peut s'en servir à son
" passage pour l'utilité de cet héritage, mais de manière à ne
" pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il
" appartient, sauf les dispositions contenues dans le chapitre

" 51 des statuts refondus pour le Bas-Canada, et autres lois " spéciales.

" Celui dont l'héritage est traversé par cette eau peut en " user dans tout l'espace qu'elle parcourt, mais à la charge de " la rendre, à la sortie du fonds, à son cours ordinaire."

Citons maintenant l'article 644 du code Napoléon qui correspond à notre article 503.

644. " Celui dont la propriété borde une eau courante, autre " que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par " l'article 538 au titre *De la distinction des biens*, peut s'en " servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

" Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en " user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge ' la rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire."

On remarquera que le deuxième alinéa de notre article 503 énonce la même idée que l'alinéa correspondant de l'article 644 du code Napoléon. Le premier alinéa diffère du premier alinéa de l'article 644 en deux points : 1° le nôtre réserve les dispositions du chapitre 51 des statuts refondus du Bas-Canada ; 2° le texte du premier alinéa de l'article 644, — qui ne fait pas une semblable réserve, car l'exploitation des moulins ne se fait en France qu'avec une autorisation administrative, — limite à " l'irrigation de ses propriétés, " l'usage que le propriétaire peut faire d'une eau courante qui borde son héritage. Il est vrai que notre article ajoute : " mais de manière à ne pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il appartient," mots que ne contient pas l'article 644, mais on enseigne, en France, que le propriétaire riverain peut, outre l'irrigation, se servir de l'eau à des usages qui n'empêchent pas l'exercice du même droit par les autres riverains (*a*).

Cette constation de la différence entre les deux textes faite, remarquons que, sans l'exception du chapitre 51 S. R. B. C., notre article ne permettrait que l'usage ordinaire des eaux qui bordent un héritage ; l'usage extraordinaire resterait absolu-

---

(*a*) Les codifications expliquent la raison qui les a fait rejeter la restriction de l'article 644 du code Napoléon. " Que le propriétaire," disent-ils, " puisse s'en servir au passage, de manière à ne pas l'absorber " et à la retenir en entier, c'est très juste, mais qu'il ne puisse le faire " que pour l'irrigation de son fonds, c'est une restriction trop grande, " introduite par le code Napoléon, sans motifs apparemment valables. " Pourquoi ne pas permettre l'usage de cette eau pour toutes les fins " utiles du fonds qu'elle borde, pourvu qu'il n'en abuse pas et ne cause " pas aux autres un préjudice inutile ? Telle a été l'opinion des commis-

ment soumis à la condition de ne pas nuire à l'exercice du même droit par les autres riverains. Ainsi, sans cette exception, l'exploitation d'un moulin, si cette exploitation avait pour effet d'empêcher semblable exploitation par un autre riverain, serait illégale, sauf, toutefois, le droit du moulin le plus ancien à l'exclusion d'un moulin de construction récente, droit de préférence qui semble avoir toujours été reconnu. Et dans la cause de *Minor & Gilmour* (9 L. C. R., p. 115), jugée par le conseil privé sur une espèce antérieure au statut 19 et 20 Vic., ch. 104, refondu au chapitre 51 S. R. B. C., ce tribunal a bien rendu compte du droit ancien en jugeant que s'il s'agit de l'usage ordinaire des cours d'eau, par exemple, pour des fins domestiques ou pour abreuver des bestiaux, le riverain peut s'en servir sans égard au préjudice que cet usage peut apporter aux riverains inférieurs ; mais que s'il s'agit, au contraire, d'un usage extraordinaire, comme pour des fins de moulins ou usines ou d'irrigation, le propriétaire peut encore employer l'eau et endiguer la rivière, mais à la condition qu'il ne nuise pas aux droits des propriétaires en amont et en aval (*a*).

Donc, avant le code et le statut 19 et 20 Vict., ch. 104, le propriétaire riverain ne pouvait endiguer la rivière pour l'ex-

---

"saires, qui pour y donner suite ont changé la rédaction de cette partie
"du code français, en disant qu'il pourra être fait usage de l'eau dans le
"cas spécifié, 'pour l'utilité de l'héritage,' et en ajoutant comme correctif,
"aussi nouveau, 'mais de manière à ne pas empêcher l'usage du même
"droit par ceux auxquels il appartient.' Ainsi changé, l'article proposé
"a paru, plus que celui du code français, applicable aux circonstances
"du pays, dans lequel l'on pratique peu, ou pas du tout, ce qu'on appelle
"en France l'irrigation proprement dite."

(*a*) Voici les termes mêmes dans lesquels les lords du conseil privé font cette distinction :

"By the general law applicable to running streams, every riparian
"proprietor has a right to what may be called the ordinary use of the
"water flowing past his land, for instance, to the reasonable use of the
"water for his domestic purposes and for his cattle, and this without
"regard to the effect which such use may have, in case of a deficiency,
"upon proprietors lower down the stream.

"But, further, he has a right to the use of it for any purpose, or what
"may be deemed the extraordinary use of it, provided that he does not
"thereby interfere with the rights of other proprietors, either above or
"below him. Subject to this condition, he may dam up the stream for
"the purpose of a mill, or divert the water for the purpose of irrigation.
"But he has no right to interrupt the regular flow of the stream, if he
"thereby interferes with the lawful use of the water by other proprie-
"tors, and inflicts upon them a sensible injury."

ploitation d'un moulin et intercepter par là le cours naturel de l'eau, que dans des cas exceptionnels où les autres riverains n'en souffriaient aucun préjudice, et n'étaient pas eux-mêmes empêchés d'en faire un usage semblable.

Mais quel est le sens de l'exception du chapitre 51 S.R.B.C., et en quoi cette exception affecte-t-elle la règle que je viens d'exposer ? La disposition de ce chapitre est maintenant codifiée aux articles 5535 et 5536 des statuts refondus de la province de Québec qui se lisent comme suit :

3535. ' Tout propriétaire est autorisé à utiliser et exploiter " les cours d'eau qui bordent, longent ou traversent sa pro- " priété, à y construire et établir des usines, moulins, manu- " factures et machines de toute espèce, et pour cette fin, y faire " et pratiquer toutes les opérations nécessaires à leur fonction- " nement, tels qu'écluses, canaux, murs, chaussées, digues et " autres travaux semblables.

5536. " Les propriétaires ou fermiers de ces établissements " restent garants de tous les dommages qui peuvent résulter " à autrui par la trop grande élévation des écluses ou autre- " ment.

2. " Ces dommages sont constatés à dire d'experts dont " les parties intéressées conviennent en la manière ordinaire.

3. " A défaut par l'une ou par l'autre d'elles d'en nommer, " les experts désignés par le préfet du comté agissent ; et en " cas d'avis contraire, les deux experts nommés en choisissent " un troisième.

4. " Ces experts prêtent serment devant un juge de paix de " bien et dûment remplir leurs devoirs comme tels.

5. " En évaluant ces dommages et fixant l'indemnité, les " experts peuvent, s'il y a lieu, établir une compensation en " tout ou en partie avec la plus-value qui pourraient résulter " aux propriétés du réclamant de l'établissement de ces usines, " moulins, manufactures et machines.

6. " A défaut du paiement des dommages et indemnités, " ainsi fixés, dans les six mois de la date du rapport d'experts, " avec l'intérêt légal à compter de telle date, celui qui y est " condamné est tenu de démolir les travaux qu'il peut avoir " faits, où ils le sont à ses frais et dépens, sur jugement à cet " effet, le tout sans préjudice des dommages et intérêts encou- " rus jusqu'alors."

Cette législation, dit le préambule du statut 19-20 Vic., ch. 104, source des dispositions que je viens de citer, a eu pour motif la considération que " l'exploitation des cours d'eau

"serait un grand moyen de prospérité pour le pays." Son effet a été de rendre légal ce qui ne l'était auparavant que dans des cas exceptionnels, comme nous l'avons vu, et de permettre indistinctement à tout riverain de bâtir des moulins avec les digues, chaussées et travaux nécessaires, mais sous la condition de payer les dommages que cette construction causerait aux autres riverains. Seul le défaut de payer ces dommages, dans les six mois de leur constatation, peut donner lieu à la démolition du moulin et des travaux qui en sont les accessoires.

On a jugé que ces dispositions des statuts refondus s'appliquent aux rivières flottables comme à celles qui ne le sont pas : (*Currie* & *Adams*, 14 Q. L. R., p. 169; *Bazinet* & *Gadoury*, 21 R. L., p. 299, et M. L. R., 7 Q. B., p. 233) (*a*). On a également décidé à plusieurs reprises, je citerai les arrêts plus loin, que le recours pourvu par l'article 5536 S. R. P. Q. n'est pas exclusif de l'action en dommage devant les tribunaux ordinaires (*b*).

On s'est occupé de l'effet de l'exception décrétée par le chapitre 51 des statuts refondus, dans la cause de *Proulx* v. *Tremblay* (7 Q. L. R., p. 353), jugée en révision par les juges Meredith, Stuart et Casault. Le juge Casault a interprété les mots "soit par la trop grande élévation des écluses ou autrement," dans le premier alinéa de l'article 5536 S. R. P. Q., de manière à y comprendre tous les dommages qu'un moulin peut causer à un autre, même lorsqu'il n'y a pas vice de construction ou exploitation indue ; donc, d'après le savant juge, celui qui établit un nouveau moulin en amont d'un moulin déjà construit, peut être condamné à payer des dommages, si, en exploitant son moulin, même sans abus, il prive le propriétaire de l'autre moulin de l'eau dont il jouissait auparavant. Le juge Stuart, au contraire, était d'avis que le dommage prévu résulte, non de la construction du moulin, car cette construction est l'exercice d'un droit reconnu par la loi, mais des vices de cette construction par la trop grande élévation des écluses ou autrement. Le seul fait d'avoir accompli sans abus un acte permis par la loi, dit-il, ne peut entraîner de responsabilité. La ques-

---

(*a*) On dépasse en cela la portée de l'article 503.

(*b*) Le juge Casault, dans les causes de *Jean* v. *Gauthier* (5 Q. L. R., p. 138), et de *Proulx* v. *Tremblay* (7 Q. L. R., p. 353), a exprimé l'avis que le mode donné par cet article pour la constatation des dommages n'est possible que du consentement mutuel des deux parties, et qu'il n'est qu'un genre de preuve, le rapport des experts n'ayant pas la force d'une adjudication et n'étant pas obligatoire.

tion me paraît délicate, mais s'il était permis à chaque riverain de construire un moulin, sans qu'il fût responsable des dommages que l'exploitation de ce moulin peut causer à d'autres moulins sur la même rivière, on exercerait, à l'égard de ces moulins, une espèce d'expropriation, et il serait possible, par des constructions successives, de rendre inutiles les pouvoirs d'eau que donne une rivière, contrairement au but même du législateur, tel qu'indiqué par le préambule du statut 19 20 Vic., ch. 104. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agissait d'établir une exception à une règle de droit très rigoureuse, et que les exceptions sont d'interprétation restrictive. Autrefois, on ne pouvait construire un moulin si cette construction affectait les droits des autres riverains. Le statut 19-20 Vic., ch. 104, a permis cette construction, mais sous l'obligation de payer "*tous* les dommages qui résultent à *autrui*, par la trop grande "élévation des écluses ou *autrement*. "Je crois que le législateur a voulu préserver tous les droits, en limitant toutefois le recours des autres riverains au paiement des dommages qu'ils ont pu éprouver.

Il me reste peu de choses à dire des deux hypothèses que suppose le législateur, le cas d'un héritage bordé par un cours d'eau et celui d'un héritage qui en est traversé.

Il est indiscutable que, dans le premier cas, les droits du riverain sont moins considérables, car ils sont limités par les droits semblables du riverain opposé. Dans notre droit, le lit des rivières qui ne sont ni navigables ni flottables appartient à chaque riverain jusqu'au fil de l'eau, c'est-à-dire jusqu'au milieu de la rivière. Donc, bien que le riverain puisse bâtir un moulin de son côté, il ne peut construire une chaussée ou digue jusqu'à la rive opposée, qu'avec la permission du riverain en face. Il ne peut non plus détourner l'eau ; il ne peut que s'en servir "à son passage," et de manière à ne pas empêcher l'exercice du même droit par ceux à qui il appartient.

Au contraire, lorsque le cours d'eau traverse un héritage, le propriétaire peut s'en servir dans tout l'espace qu'il y parcourt, à la seule condition de le rendre, à la sortie du fonds, à son cours ordinaire. Peu importe ce qu'il fait de l'eau chez lui ; s'il la rend au public non diminuée d'une manière notable par l'usage qu'il en a fait, il n'a de compte à rendre à personne. Ainsi, il peut détourner le cours de la rivière, changer son lit, la faire passer dans une autre partie de son fonds ; en un mot il en est le maître absolu, à la condition de la rendre à son cours et à son lit ordinaires lorsqu'elle sort de son fonds. Mais, il va sans

dire qu'il ne peut polluer l'eau, ni y jeter des substances qui seraient de nature à nuire aux riverains inférieurs.

Les droits du propriétaire, lorsque le cours d'eau traverse son héritage, ont été expliqués dans une espèce intéressante jugée par la cour de cassation, au commencement du siècle, et rapportée au long par Merlin, *Répertoire*, v° *Cours d'eau*, § *III*. On y a condamné, à la démolition de ses travaux, un propriétaire qui, par des canaux d'irrigation sillonnant son fonds dans tous les sens et construits avec beaucoup d'art, avait absorbé une partie notable d'un ruisseau qui traversait sa propriété, de manière à porter préjudice à des propriétaires de moulins situés en aval, et à les priver, surtout dans les temps de sécheresse, de l'eau dont ils avaient besoin pour l'exploitation de leurs moulins, et le propriétaire fut condamné, malgré qu'il fût constant qu'il avait rendu le surplus de l'eau à son cours ordinaire à la sortie de son fonds. D'où il faudrait conclure que s'il est permis de se servir de l'eau et même de la détourner, il faut la rendre à son cours avec son volume ordinaire *(a)*.

Remarquons en outre qu'il ne s'agit, dans l'article 503, que des eaux courantes, et que sa disposition ne s'appliquerait pas aux eaux mortes, comme les lacs. Il ne s'agit pas davantage des eaux pluviales ; celles ci appartiennent au premier occupant. Seuls, les riverains profitent des eaux courantes ; celui dont le fonds est séparé de l'eau par un chemin, n'est pas riverain et, partant, ne peut invoquer les privilèges accordés par notre article (*b*).

Pour me résumer, le riverain dont le fonds est bordé par une eau courante, qui n'est ni navigable ni flottable, peut s'en servir à son passage de manière à ne pas empêcher l'exercice de ce droit d'usage par les autres riverains ; celui dont le fonds est traversé par ce cours d'eau, peut en faire ce que bon lui semble, sur toute l'étendue de son fonds, mais à la charge de ne point le polluer et de le rendre à la sortie de son fonds à cours naturel. Dans l'un et l'autre cas, il n'est pas permis à ce riverain d'absorber une partie notable de ce cours d'eau. De plus, — et en cela les articles 5535 et 5536 dépassent la portée de l'article 503, lequel ne parle que des cours d'eau qui ne font pas partie du domaine public — même lorsque la rivière est flottable, et soit qu'elle traverse le fonds ou le borde seule-

---

(*a*) Voyez sur ces questions, Sirey & Gilbert, *Code civil annoté*, article 644, n° 61.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1442.

ment (*a*), le riverain peut y construire des moulins ou usines, et à cette fin y faire des écluses, canaux, murs, chaussées et autres travaux semblables. Cependant, quoiqu'il use alors d'un droit, il est responsable des dommages qu'il cause à autrui. Ces dommages sont constatés par des experts nommés par les parties ou à leur défaut par le préfet du comté. Si les deux experts ne sont pas d'accord, ils en choisissent un troisième pour les départager. Ces experts, qui prêtent serment devant un juge de paix, peuvent tenir compte de la plus-value résultant au réclamant de l'établissement des moulins. Si le constructeur ne paie pas l'indemnité dans les six mois avec l'intérêt légal, ses constructions doivent être démolies, sans préjudice au recours du réclamant pour l'indemnité. Cependant, ce recours à l'expertise n'exclut pas le recours par action ordinaire en dommage, et celui qui est lésé dans ses droits de riverain, peut en appeler directement aux tribunaux.

En France, en vertu de l'article 645 du code Napoléon — qui porte que s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et que, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés, — on enseigne que les tribunaux peuvent faire des règlements d'eaux, c'est-à-dire prescrire, par exemple, le nombre de jours par semaine ou par mois que chaque riverain pourra se servir exclusivement du cours d'eau. Nos codificateurs n'ont pas reproduit cet article, disent-ils, " vu qu'il ne " contient qu'un simple conseil, d'une exécution difficile et " forte embarrassante pour les tribunaux, qui trouveront dans " les règles qui précèdent, des principes plus clairs et plus sûrs " pour se guider dans les difficultés qui leur seront soumises " sur le sujet."

Jurisprudence.—Il va sans dire que ces difficultés que les tribunaux ont été appelés à régler ont été fréquentes. Aussi avons-nous une jurisprudence très abondante sur l'usage des cours d'eau. Je la rapporterai d'une manière aussi succincte que

(*a*) A ne consulter que le texte de l'article 503, l'exception du chapitre 51 S. R. B. C., ne s'appliquerait qu'au deuxième cas, celui où un héritage borde un cours d'eau. Cependant, cette dernière loi se réfère expressément aux deux cas : elle parle "des cours d'eau qui bordent, longent ou traversent une propriété." Il n'y a, sous ce rapport, aucune raison de distinguer un cas de l'autre. Bien entendu, quand le cours d'eau borde un héritage, le riverain ne peut, sans la permission du riverain en face, asseoir ses écluses ou autres travaux sur la rive opposée.

possible. Pour procéder avec ordre, je diviserai cette jurisprudence en trois catégories : 1° les arrêts d'un intérêt général ; 2° ceux qui précisent les droits des propriétaires de moulins et qui interprètent les articles 5535 et 5536 S. R. P.Q. que j'ai cités plus haut ; 3° ceux qui se rapportent aux rivières navigables.

1° *Décisions générales.*—Dans une ancienne cause de *St-Louis & St-Louis* (*Stuart's King's Bench Reports*, p. 575), la cour d'appel a jugé qu'un seigneur acquiert, par la concession de la couronne, la propriété du lit d'une rivière non navigable mais qu'il n'a qu'un droit de servitude dans l'eau courante pendant qu'elle coule le long de son fonds ou le traverse, et qu'il n'a pas le droit de détourner une rivière ou de se servir de l'eau de manière à porter préjudice aux autres riverains. Un arrêt également ancien juge qu'une action *in factum* peut être intentée contre un riverain qui obstrue un cours d'eau de manière à porter préjudice au demandeur : *Harrower* v. *Robin* (2 R. de L., p. 469).

Lorsque deux riverains possèdent, sur la même rivière, des pouvoirs d'eau, dont l'un ne peut être utilisé sans nuire à l'autre, le premier occupant doit avoir la préférence et peut demander que l'autre soit contraint à baisser le niveau de sa chaussée : *Dunkerly* v. *McCarthy* (8 L. C. R., p. 132). Cette décision, bien entendu, est antérieure au statut 19 et 20 Vict., ch. 104, source des articles 5535 et 5536 S. R. P. Q.

De droit commun chaque riverain a droit à ce qu'on peut appeler l'usage ordinaire du cours d'eau qui borde son fonds, c'est-à-dire, à l'usage raisonnable de l'eau pour fins domestiques et pour ses bestiaux, et cela sans égard au préjudice que cet usage peut apporter aux riverains inférieurs, en cas de diminution des eaux. Il a également un droit d'usage du cours d'eau pour d'autres fins, ou à ce qu'on appelle l'usage extraordinaire, pourvu qu'il ne nuise pas aux autres riverains soit en amont, soit en aval. Dans ces conditions, le riverain peut endiguer la rivière ou en détourner les eaux pour des fins d'irrigation, mais il ne peut interrompre le cours ordinaire de la rivière, s'il empêche par là les autres riverains de se servir de l'eau et leur cause des dommages : *Minor & Gilmour*, conseil privé (9 L. C. R., p. 115 ; 12 Moore, *P. C. Reports*, p. 131) (*a*). Cet arrêt est également antérieur au statut 19 et 20 Vic., ch. 104.

(*a*) Le conseil privé n'a en cela trouvé aucune différence entre le droit français et le droit anglais. Voy. le texte des remarques des lords du conseil privé sur cette question *supra*, p. 23, note (*a*).

Dans la cause de *Boswell* & *Denis* (10 L. C. R., p. 294), la cour d'appel a jugé que les rivières non navigables et non flottables sont la propriété exclusive des propriétaires riverains qui seuls ont le droit d'y pêcher. Il s'agissait, dans l'espèce, de la rivière Jacques-Cartier.

Dans la cause de *Brown* & *Gugy* (11 L. C. R., p. 401), la cour d'appel a décidé que tout riverain a le droit de protéger les rives de son héritage et de reconquérir, par la construction de quais ou autrement, ce que l'action des eaux lui a enlevé, pourvu que l'exercice de ce droit n'apporte au cours des eaux aucun changement préjudiciable au voisin. Cette cause fut portée au conseil privé et il fut jugé que des obstructions dans des rivières navigables sont des *nuisances publiques* (*a*) (*public nuisances*) et, bien que le ministère public soit recevable à s'en plaindre, san allégation de dommages au public, un particulier ne peut intenter une action à raison de cette *nuisance*, à moins d'en avoir éprouvé un dommage spécial (14 L. C. R., p. 213 ; 2 Moore, *P. C. Repts.*, N. S., p. 341) (*b*).

Des propriétaires riverains voisins, qui possèdent en vertu d'un titre consenti par un auteur commun, peuvent faire telles conventions qu'ils jugent à propos relativement à l'usage d'un cours d'eau qui borde leurs propriétés, mais l'usage ordinaire de l'eau courante ne peut de droit commun être restreint par des moyens artificiels ou par les conventions des riverains : *Hamel* v. *The Mayor et al.*, cour de révision, (16 L. C. R., p. 129).

Les propriétaires de terrains inférieurs sur une rivière peuvent se pourvoir en dommages contre le propriétaire de terrains supérieurs qui obstrue le cours de l'eau de manière à aggraver la servitude des fonds inférieurs : *Cournoyer-Paulet* & *Guevremont* (7 L. N., p. 308).

La cause de *Weir* & *Claude* (cour supérieure, M. L. R., 2 S. C., p. 326, et 31 L. C. J., p. 39 ; cour d'appel. M. L. R., 4 Q. B., p. 197, 16 R. L., p. 419, et 32 L. C. J., p. 213 ; cour suprême, 12 L. N., p. 180, et 16 *Supreme Court Reports*, p. 575), présentait l'espèce de la pollution d'un cours d'eau par le riverain supérieur. Claude était propriétaire d'une tannerie que lui et ses auteurs exploitaient depuis un temps immémorial, se servant à cette fin d'un cours d'eau qui traversait son fonds. Weir,

---

(*a*) Ce mot, bien qu'il ne soit pas français dans ce sens, est employé par l'art. 191 du code criminel.

(*b*) Le sommaire de la décision du conseil privé n'est pas donné d'une manière identique dans les deux rapports, mais le principe énoncé dans le texte me paraît avoir été admis.

propriétaire riverain inférieur, se plaignit de l'usage du cours d'eau par Claude, alléguant qu'il le polluait par les matières qu'il y jetait. Il fut prouvé que d'autres propriétaires se servaient du cours d'eau comme d'un égout, que Claude avait pris toutes les précautions possibles pour n'y pas jeter des matières solides et que le terrain de Weir n'avait pas souffert préjudice. Weir cependant eut gain de cause en cour supérieure, mais ce jugement fut infirmé par la cour d'appel dont l'arrêt fut confirmé par la cour suprême, ce tribunal jugeant qu'entre voisins il y a d'autres obligations que celles qui résultent de servitudes, et que ces obligations doivent être réglées suivant le caractère de l'endroit, l'étendue du dommage et d'après les usages existants (*a*).

Dans la cause de *Bélanger* v. *Dupont* (13 Q. L. R., p. 115), il fut prouvé que depuis au-delà de trente ans, au moyen d'une saignée pratiquée dans la rivière Port-Joli, en amont du terrain du demandeur, le défendeur détournait, sans la rendre ensuite à son cours naturel, et au préjudice du demandeur, une partie des eaux de cette rivière. Le demandeur prit contre lui une action négatoire pour faire cesser ce détournement. Dans ces circonstances, le juge Angers jugea que le défendeur n'ayant, pour justifier l'existence de cette servitude, aucun titre émanant du demandeur ou de ses auteurs, le détournement qu'il faisait était illégal ; il lui défendit de continuer l'exercice de cette servitude et lui enjoignit de faire tous les travaux requis pour rendre les eaux à leurs cours naturel. Ce jugement fut confirmé par la cour d'appel.

Dans la cause de *Godin* v. *Lortie* (M. L. R., 6 S. C., p. 13 ; 20 R. L., p. 10), le juge Tait a décidé que lorsqu'un cours d'eau a son lit dans un chemin, le propriétaire voisin du chemin peut réclamer les droits de riverain, quand le cours d'eau a son lit dans la partie du chemin contiguë à son fonds ; que lorsqu'un fonds traversé par un cours d'eau est morcelé, les portions du fonds qui sont devenues non-riveraines conservent néanmoins le droit aux eaux dont elles jouissaient avant la division ; que les intéressés peuvent régler le cours des eaux et qu'un riverain qui a demandé à un tiers sa souscription pour le posage des tuyaux servant à l'écoulement des eaux, n'est pas admis à plaider que ce tiers n'a pas droit à la jouissance du cours d'eau.

(*a*) Voy. une espèce semblable dans la cause de *McGibbon* & *Bédard* (30 L. C. J., p. 282).

2° *Décisions quant aux moulins et usines et quant à l'interprétation des articles 5535 et 5536 S. R. P. Q.*—Dans la cause de *Bussière* v. *Blais* (7 L. C. R., p. 245), on a jugé que le propriétaire d'un site de moulin peut demander que son droit à l'usage d'une rivière dans son canal naturel soit affirmé par un jugement, lorsque cette rivière a été détournée de son cours par un voisin afin d'exploiter un moulin sur son terrain, et cela quoique, lors de l'institution de l'action, ce propriétaire n'eût pas de moulin et qu'il n'eût pas besoin de l'eau.

Le juge Chabot a jugé qu'un propriétaire riverain n'a pas le droit, sous la disposition statuaire énoncée maintenant aux articles 5535 et 5536 S. R. P. Q., d'ériger une chaussée aboutissant sur la terre du propriétaire vis-à-vis, et qu'une telle chaussée sera démolie à la demande de ce dernier : *Joly* v. *Gagnon* (9 L. C. R., p. 166).

Nous trouvons un arrêt analogue rendu dans une cause de *Geoffray* v. *Beausoleil* (9 L. N., p. 402) par le juge Papineau, qui a décidé que le propriétaire de la rive opposée peut demander la démolition d'une semblable chaussée depuis sa rive jusqu'au fil de l'eau, c'est-à-dire jusqu'au milieu de la rivière, telle rivière n'étant ni navigable ni flottable autrement qu'à buches perdues.

Dans la cause de *Pangman* v. *Bricault dit Lamarche* (8 R. L., p. 278), le juge Smith a jugé que, depuis la passation du statut 19 et 20 Vic., ch. 104 (art. 5536, 5537, S. R. P. Q.), un seigneur propriétaire d'un moulin banal, qui avait concédé un terrain dans sa seigneurie avec stipulation qu'aucun moulin n'y serait construit, ne pouvait demander la démolition d'un moulin bâti par le concessionnaire, avec une chaussée qui faisait refluer les eaux de la rivière sur le moulin banal ; que le seigneur n'avait pas droit à l'usage exclusif des eaux, mais que le concessionnaire était responsable des dommages causés par la hauteur de sa chaussée ou autrement. Expertise fut ordonnée pour établir les dommages soufferts.

Dans la cause de *Blais* v. *Auger* (3 R. L., p. 272), on a jugé qu'un propriétaire a le droit d'utiliser une rivière traversant son fonds et celui de son voisin, en y construisant un moulin et une chaussée, et de les vendre ensuite à un tiers, qui lui aussi, a le droit de les exploiter. L'arrêt résume les dispositions des articles 5535 et 5536, et ajoute que le voisin n'a pas droit d'action contre le propriétaire, pour faire constater les dommages qu'il a pu souffrir et leur montant, attendu que le statut prescrit un mode différent d'établir ces dommages. et

qu'il ne peut demander la démolition de la chaussée que s'il a été constaté par des experts qu'il a droit à des dommages, que ces dommages ont été évalués, et qu'ils n'ont pas été payés avec l'intérêt légal, dans les six mois du rapport des experts. Je ne crois pas que cet arrêt fasse autorité sur la question de savoir si celui qui souffre de la construction d'un moulin peut se pourvoir par action ordinaire. On paraît admettre aujourd'hui que le recours accordé par le statut n'exclut pas le recours par action ordinaire.

Sur une rivière propre à la descente de billots à bûches perdues et sur laquelle sont construits des écluses, quais et autres travaux, les propriétaires des écluses ne doivent pas entraver la libre descente des billots, de même que ceux qui opèrent la descente de billots sont tenus de conduire ces billots de manière à ne pas endommager les écluses construites sur la rivière : *King* & *Ouellet* (14 R. L., p. 331, cour d'appel).

Le statut 19-20 Vict., ch. 104 (articles 5535 et 5536 S. R. P. Q.), crée une servitude légale sur les terres voisines sur lesquelles les écluses font refluer les eaux. Les propriétaires de ces terres n'ont droit qu'à une indemnité ; ils ne peuvent obtenir la démolition des travaux que si l'indemnité n'a pas été payée. Cette exploitation ne constitue pas un délit. Le mode nouveau et spécial donné par le statut pour constater et déterminer le montant de l'indemnité, n'a pas ôté ceux du droit commun qui ne pouvaient être abrogés que par une disposition expresse : *Jean* v. *Gauthier*, cour de révision (5 Q. L. R., p. 138).

Dans la cause de *Carter* & *Breakey* (15 R. L., p. 513), la cour d'appel a jugé que celui qui a fait construire, là où il existe déjà une écluse temporaire, une autre écluse permanente et plus élevée que la première, est responsable des dommages qu'il cause au propriétaire, dont les terres sont inondées par l'effet de cette écluse ; que cette responsabilité existe même lorsque le demandeur a lui-même cédé l'immeuble où était située la première écluse, avec faculté au cessionnaire de construire une écluse pour le fonctionnement d'une scierie ; que celui qui a fait construire une chaussée permanente, là où il n'existait qu'une chaussée temporaire, est responsable des dommages qu'il cause chaque année au propriétaire dont les terres sont inondées par l'effet de la chaussée. Ce jugement a été infirmé par la cour suprême sur une question de prescription

dont il n'est pas nécessaire de rendre compte ici (*Cassell's Digest*, 2e éd., p. 463) (*a*)

Dans une cause de *Proulx* v. *Tremblay* (7 Q. L. R., p. 353), la cour de révision, à Québec, a jugé que le propriétaire d'un moulin que font marcher les eaux d'une rivière non flottable, a une action pour les dommages que lui cause la retention par éclusées des eaux pour les besoins d'un moulin de construction plus récente situé en amont de cette rivière.

La même cour a décidé, dans la cause de *Demers* v. *Germain* (11 Q. L. R., p. 143, et 14 R. L., p. 369), que celui dont la propriété borde une eau courante, ne faisant pas partie du domaine public, peut utiliser et exploiter cette eau, en y construisant une chaussée d'une hauteur suffisante pour faire marcher le moulin qu'il a construit sur sa propriété ; que le propriétaire d'un moulin supérieur auquel ces travaux nuisent en y faisant refluer les eaux, ne peut demander qu'une indemnité et n'a droit à la démolition des travaux qu'à défaut de paiement de l'indemnité.

Dans la cause de *Bougie & Symons* (4 D. C. A., p. 223), la cour d'appel a confirmé un jugement ordonnant de baisser une écluse qui nuisait à l'exploitation d'un moulin supérieur. Le seul motif invoqué, c'est que la chaussée, à cause de son élévation, faisait refluer l'eau de la rivière sur le moulin supérieur, et diminuait la force et l'effet du pouvoir d'eau du demandeur.

Cependant, la même cour, dans la cause de *Currie & Adams* (14 Q. L. R., p. 169), a affirmé le principe que le recours d'un propriétaire, dont les terres sont inondé s par suite de la construction d'une chaussée, est en dommages, et qu'il n'a pas le droit de demander sans condition la démolition de cette chaussée. L'arrêt juge encore que les articles 5535 et 5536 S. R. P. Q. s'appliquent aux rivières flottables comme à celles qui ne le sont pas, et qu'une chaussée qui ne dessert pas un moulin, mais qui a été construite pour procurer une réserve d'eau pour alimenter la chaussée du moulin, sera réputée être une amélioration aux termes du statut.

Dans la cause de *Hardy & Filiatrault* (17 R. L., p. 27), la cour d'appel a jugé que le riverain a le droit, sous les dispositions du chapitre 51 S. R. B. C (maintenant les articles 5535 et 5536 S. R. P. Q.), de barrer une rivière pour y construire

(*a*) Le jugement du juge Casault sur une défense en droit en cette cause est rapporté 7 Q. L. R., p. 286.

un moulin, et qu'il ne peut être forcé à démolir une chaussée faite dans ce but s'il ne cause aucun dommage. Ce jugement fut infirmé par la cour suprême pour le motif qu'une transaction était intervenue entre les parties. (17 *Supreme Court Repts*, p. 292).

Dans la cause de *Bazinet* & *Gadoury* (21 R. L., p. 299; M. L. R., 7 Q. B., p. 233), la cour d'appel jugé que le propriétaire d'un terrain, traversé par un cours d'eau, qui y a construit un moulin, ne peut plus, depuis l'abolition des droits seigneuriaux, exercer une servitude qu'il aurait acquise du seigneur, pour le refoulement de l'eau sur les terrains supérieurs; que le propriétaire riverain peut ériger une digue sur un cours d'eau, pour l'exploitation d'un moulin par lui construit, à la charge de payer les dommages causés par la crue des eaux, conformément au chapitre 51 des statuts refondus pour le Bas-Canada, qui s'applique au rivières flottables aussi bien qu'à celles qui ne le sont pas; que sur une action concluant à la démolition de la digue et à des dommages, la cour peut condamner le défendeur à payer les dommages et déclarer qu'à défaut de les payer dans les six mois du jugement, le défendeur sera tenu de démolir sa digue (*a*).

Le droit conféré au propriétaire d'utiliser un cours d'eau qui traverse son fonds, lui donne le droit de faire refluer les eaux sur les terrains supérieurs, ce qui est, en effet, une expropriation de l'utilité des terrains ainsi inondés, mais s'il use de ce droit, il est tenu de payer les dommages soufferts: *Brown* v. *Holland*, Würtele, J. (11 L. N., p. 378).

Le droit de banalité était sous l'ancien droit une servitude imposant aux propriétaires riverains l'obligation de permettre sur leur terrains l'établissement de la chaussée nécessaire au moulin banal de la seigneurie, et, lors de l'abolition de la tenure seigneuriale, le seigneur est resté seul propriétaire du moulin et de la chaussée. S'il est vrai que tout propriétaire riverain a le droit de se servir de l'eau d'une rivière qui borde son héritage, mais à la charge de la rendre à la rivière à sa sortie de cet héritage, il n'a pas pour cela le droit de pratiquer une saignée dans une chaussée appartenant à un autre et d'en

(*a*) Je n'ai pas suivi d'une manière absolue le sommaire de cette décision tel que donné par les rapports. Ainsi, les *Montreal Law Reports* disent qu'il a été jugé que le recours du ch. 51 S. R. B. C. n'est pas exclusif du recours par action ordinaire, devant une cour compétente. Je ne puis voir que le jugement ait prononcé sur cette question, quoique le recours était évidemment en dehors des termes du statut. Le jugement de la cour de révision en cette cause est rapporté 17 R. L., p. 141.

tirer de l'eau pour l'alimentation d'une usine ou pour des fins d'irrigation : *Archambault & Poitras*, cour d'appel (M. L. R., 5 Q. B., p. 167).

Lorsqu'un propriétaire a construit un barrage sur un cours d'eau traversant sa propriété pour améliorer un pouvoir d'eau, mais n'a bâti aucun moulin ni usine en rapport avec ce barrage, il ne peut repousser une action en dommages de la part d'un riverain dont le fonds a été inondé, en invoquant la disposition du ch. 51 S. R. B. C. ; il ne peut non plus acquérir par prescription le droit de maintenir le barrage (art. 503, 549), ni prétendre qu'il a titre au terrain inondé, à moins de prouver que sa possession remplit les conditions exigées par l'art. 2193 : *Jones & Fisher*, cour suprême (17 *Supreme Court Reports*, p. 515).

Dans la cause de *Bureau & Vachon* (19 R. L., p. 675), il s'agissait d'un riverain qui avait appuyé sa chaussée sur un terrain vis-à-vis qui ne lui appartenait pas. Sur plainte du propriétaire, la cour d'appel, se basant sur le motif que les propriétaires riverains sont propriétaires du lit d'une rivière qui n'est ni navigable ni flottable, a ordonné la démolition de cette chaussée jusqu'au fil de l'eau, jugeant que la disposition du ch. 51 S. R. B. C, n'autorise pas un riverain à construire des moulins, manufactures ou travaux nécessaires pour les faire fonctionner sur des terrains qui ne lui appartiennent pas, ni à exproprier les propriétaires des fonds voisins (*a*).

Il y a aussi la cause de *Merrill & Rider*, cour d'appel (M. L. R., 7 Q. B., p. 426), mais il n'y est question que d'interprétation d'actes et il serait inutile de la rapporter ici.

Je puis en dire autant de l'arrêt dans *Bannerman & Hamelin* (R. J. Q., 2 B. R., p. 535), confirmé par le conseil privé ; la cour n'a eu qu'à se prononcer sur une vente de force motrice et sur la garantie qui incombait au vendeur.

Une question de procédure a été réglée par la cour de révision à Montréal dans la cause de *Houle* v. *Poitras* (R. J. Q., 5 C. S., p. 89) ; elle y a jugé que celui qui réclame des dommages causés par la chaussée d'un moulin et qui, comme la loi lui en donne le droit, conclut à la démolition de la chaussée faute de paiement, exerce une action réelle qui est de la compétence exclusive de la cour supérieure, et, partant, il a droit aux frais d'une action en cour supérieure (*b*).

(*a*) Voy. aussi les causes de *Joly* v. *Gagnon* et de *Geoffray* v. *Beausoleil*, *supra*, p. 32.

(*b*) Voy. une décision analogue de *Dorval* v. *Chevalier* (14 L. C. J., p. 263).

La garantie dont est tenu le vendeur d'un moulin a été discutée dans la cause de *Mitchell* v. *Mitchell*, cour de révision (R. J. Q., 5 C. S., p. 156). Il n'est pas nécessaire de la rapporter ici.

8° *Décisions quant aux rivières navigables.*—Je trouve deux arrêts à rapporter au sujet des rivières navigables.

Le premier a été rendu par le juge Short dans la cause de *Chapman* v. *Clark* (8 L. C. R., p. 147), à l'effet que le propriétaire d'un moulin supérieur n'a pas le droit d'obstruer, par la construction d'un barrage, une rivière qui est navigable et flottable et dont on se sert pour le flottage du bois ; que des propriétaires de moulins inférieurs dont le bois est arrêté par ce barrage, ont le droit, après avis raisonnable et demande faite pour permission de passer leurs billots, d'ouvrir le barrage et d'y passer leur bois pour descendre la rivière, et qu'ils ne sont pas responsables des dommages causés à la personne obstruant la rivière si ses billots ont été emportés par le courant. Les actes dont on se plaignait dans l'espèce étaient antérieurs au statut 19-20 Vic., ch. 104, codifié au ch. 51 S. R. B. C : il n'en est donc pas question au rapport.

La deuxième cause est celle de *Bell* v. *La corporation de Québec* (2 Q. L. R., p. 305). Le juge Dorion y a jugé que les pouvoirs donnés à une corporation de faire un aqueduc et tous les travaux nécessaires pour fournir l'eau dans une localité, ne lui confèrent pas le droit de faire des constructions nuisibles à la navigation sur une rivière navigable ; mais que pour se plaindre de semblables constructions, un simple particulier doit établir qu'il en souffre un préjudice direct et immédiat, et que la cour ne prendra pas en considération de prétendus dommages futurs et éventuels. Ce jugement fut confirmé par la cour d'appel et par le conseil privé. Voy. 7 Q. L. R., p. 103 (*a*).]]

§ II.—*Du bornage des propriétés contiguës.*

Le bornage est l'acte par lequel deux propriétaires indiquent, en les fixant par des signes visibles et permanents, les limites de leurs propriétés contiguës. Les signes employés dans ce but s'appellent *bornes*, d'où est venu le mot *bornage*.

En déterminant les points précis où l'un des héritages finit

(*a*) Je puis renvoyer également à *Brown & Gugy supra*, p. 30, et à une espèce de *Stein* v. *Seath*, notée 3 R. L., p. 457.

et où l'autre commence, le bornage coupe court aux procès qui naîtraient infailliblement de la confusion des limites. Par là même, il intéresse la société toute entière. Le droit de le demander est donc d'intérêt public, et, par suite, *imprescriptible*. Ainsi, il peut être exercé *à toute époque*.

Il protège les propriétaires contre les usurpations réciproques auxquelles les laisserait exposés la confusion de leurs propriétés : il est donc *également* utile à chacun d'eux. D'où cette double conséquence :

1° Le droit de réclamer le bornage appartient à chacun des deux propriétaires dont les propriétés sont contiguës.

2° Le bornage se fait *à frais communs*, c'est-à dire par portions égales, quoique les héritages soient de valeurs ou d'étendues inégales (*a*). Mais remarquez : 1° que les frais d'*arpentage*, s'il y a lieu d'y recourir, doivent être supportés proportionnellement à l'étendue des héritages : car, plus est grand chaque héritage, plus est considérable le nombre des vacations du géomètre employé à le mesurer (1); 2° que, s'il s'élève quelque contestation à l'occasion du bornage, les frais qui résultent du procès sont à la charge exclusive de celle des parties qui succombe.

L'action en bornage peut être intentée, non seulement par le *propriétaire*, mais encore par un usufruitier, un usager, un possesseur, [[un emphytéote,]] sauf au défendeur à mettre en cause le propriétaire, afin d'éviter, par un règlement stable et définitif, toute difficulté pour l'avenir.

[[Quel est le tribunal compétent en matière de bornage ? La réponse à cette question ne saurait être douteuse. La cour supérieure connaît en première instance de toute demande ou action qui n'est pas exclusivement de la juridiction de la cour de circuit ou de l'amirauté (art. 28 C. P. C.), et les articles qui régissent la juridiction de la cour de circuit

---

(1) Bug., à son cours ; M. Demol., t. 11, n° 276 ; MM. Aubry et Rau t. 2, § 199, p. 226.

(*a*) C'est la disposition de l'article 504 qui se lit comme suit :
504. " Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs " propriétés contiguës.
" Les frais du bornage sont communs ; ceux du litige, au cas de con- " testation, sont à la discrétion du tribunal."
Cet article, sauf les mots " ceux du litige," etc., est la copie de l'article 646 du code Napoléon. Cette disposition omise dans le code français n'est que la conséquence de l'art. 478 de notre code de procédure civile et doit recevoir la même interprétation, car le principe reste que c'est la partie qui succombe qui doit être condamnée aux dépens.

(art. 1053 et 1054 C. P. C.) ne comprennent pas l'action en bornage. D'ailleurs les articles 941-945 du code de procédure civile qui parlent de l'action en bornage sont dans la partie de ce code qui s'applique à la cour supérieure (voy. aussi l'art. 1059 C. P. C.).]]

Ainsi, l'action en bornage sera portée devant [[le tribunal de première instance, c'est-à-dire, devant la cour supérieure.]] Mais quel tribunal de première instance sera compétent? Devra-t-on [[suivre les règles prescrites pour les actions personnelles (art. 34 et 38 C. P. C.), ou celles qui régissent les matières réelles ou mixtes (art. 37 et 38 C. P. C.)?]]

Si nous ne consultions que les principes, nous dirions que l'action en bornage est *purement personnelle* ou qu'elle est *mixte* suivant que la propriété est ou n'est pas contestée, et qu'ainsi [[on doit suivre dans le premier cas les formes prescrites pour l'assignation en matière personnelle, et, dans le second, celles qui régissent l'assignation en matière mixte.]]

Dans le premier cas, en effet, l'obligation de se borner est une obligation purement pécuniaire, puisqu'elle n'a, en définitive, pour objet qu'une somme d'argent à payer pour la moitié des frais qu'entraînera le bornage : l'action par laquelle on demande l'exécution de cette obligation est donc *purement personnelle*. Dans le second cas, la propriété étant en jeu, la matière devient *mixte*.

Mais la loi, en qualifiant de *servitude* l'obligation de se borner, lui a imprimé un caractère de *réalité* qui en fait une matière purement *réelle*. C'est donc, dans tous les cas, le tribunal de la situation des héritages qui sera compétent.

[[Ces principes expliquent assez clairement les conditions qui régissent le bornage fait à l'amiable entre deux voisins. Mais bien souvent il y aura mauvais vouloir, sinon refus de borner. Alors il faut recourir aux tribunaux et le voisin intente l'*action en bornage ;* en parlant de cette action, j'aurai à énoncer des règles qui s'appliquent au bornage à l'amiable comme au bornage forcé.

I. Cas auxquels il y a ouverture à l'action en bornage.—Dépens de l'action.—L'énonciation toute concise de l'article 504 se complète par les dispositions des articles 941 à 945 du code de procédure civile. L'article 504 du code civil dit que tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. On conçoit qu'ainsi exprimée, la règle de l'article 504 ait besoin d'explication. Le législateur ne laisse pas au voisin

la faculté d'exiger ce bornage autant de fois qu'il le veut et sans nécessité. Le droit au bornage, comme le droit au compte, tout en étant un droit absolu, n'est pas un droit arbitraire. Il faut donc préciser avec soin les cas où le bornage peut être exigé, et c'est là le but de l'article 941 du code de procédure civile. Il porte que "lorsque deux héritages contigus n'ont " jamais été bornés, ou que les bornes ne paraissent plus, ou " que les clôtures ou travaux de ligne ont été erronément " placés, et que l'un des voisins refuse de convenir d'arpen- " teur pour procéder au bornage, à la reconnaissance des " anciennes bornes, ou à la rectification de la ligne de division, " suivant le cas, l'autre partie peut l'assigner en justice pour " l'y contraindre."

Donc le voisin peut intenter l'action en bornage dans trois cas :

1° Les deux héritages n'ont jamais été bornés ;

2° Ils ont déjà été bornés, mais les bornes ne paraissent plus ;

3° Les deux héritages ont déjà été bornés et les bornes paraissent, mais les bornes, les clôtures ou travaux de ligne ont été erronément placés.

Il y a encore une formalité que le demandeur doit remplir, mais le défaut de l'accomplir n'entraînera pas le renvoi de son action et n'influera que sur la question des frais. Le demandeur doit mettre le défendeur en demeure de borner et de convenir d'un arpenteur pour procéder au bornage ; s'il refuse de le faire et que l'on soit d'ailleurs dans l'un des trois cas précisés plus haut, ou s'il élève des prétentions mal fondées comme condition de son consentement, le droit d'action du demandeur est absolument ouvert et le défendeur devra être condamné aux dépens de l'action.

Pour revenir aux trois cas de bornage, les deux premiers ne donnent lieu à aucune difficulté ; il n'y a qu'un fait à constater, l'inexistence d'un bornage ou la disparition des bornes. Dans le troisième cas, il y a encore un fait à prouver, l'erreur des bornes qui ont été posées, mais cette erreur ne peut se constater que par un nouveau bornage, de sorte que si le demandeur allègue erreur, le tribunal n'a qu'à ordonner le bornage, sauf à condamner le demandeur aux dépens, si le bornage fait voir que l'erreur n'existe pas. L'existence des bornes pendant plus de trente ans, malgré l'erreur alléguée, pourrait cependant dispenser du bornage. Dans les deux autres cas, au contraire, l'établissement de l'existence du bornage ou des bornes, quand

le bornage lui-même est admis, suffira, lorsqu'erreur n'est pas alléguée, pour justifier le tribunal à refuser le bornage et à condamner le demandeur aux dépens de l'action.

Quant aux dépens de l'action, l'article 504 dit qu'au cas de contestation, ils sont à la discrétion du tribunal, ce qui n'est que l'application de l'article 478 du code de procédure civile. Bien entendu cette discrétion ne devra s'exercer que suivant la loi, et la loi veut que la partie qui succombe soit condamnée aux dépens. Une contestation malfondée, soit quant au droit au bornage lui-même, soit quant à la ligne de séparation, devra donc engager la responsabilité du défendeur comme elle le fait, dans les procès ordinaires, pour le plaideur qui succombe. S'il n'y a pas de contestation, les dépens devraient, comme les frais du bornage lui-même, être partagés, mais là encore le refus injuste du défendeur de borner à l'amiable, même lorsqu'il ne conteste pas l'action, justifierait le tribunal à les lui mettre à charge.

Jurisprudence.—Je ne puis mieux expliquer ces principes assez clairs du reste, qu'en citant les arrêts qui les ont appliqués. Sur toutes ces questions il y a multiplicité de décisions. Je citerai d'abord les arrêts qui ont été portés sur le droit de demander le bornage ; ensuite ceux qui ont été rendus quant aux frais de l'action.

Droit au bornage.—Dans une ancienne cause de *Blanchet* v. *Jobin* (1 R. de L., p. 354), on a posé le principe très évident d'ailleurs que l'action en bornage ne peut être maintenue si les terrains du demandeur et du défendeur sont séparés par un chemin public.

Dans une cause également ancienne de *Fortier* v. *Reinhart* (3 R. de L., p. 70), on a jugé que dans une action en bornage, si le défendeur plaide — ainsi qu'il peut le faire — qu'il détient les terrains, qui sont en sa possession de fait, au nom d'autrui, il doit énoncer dans son exception le nom et la résidence de la personne pour qui il les détient (*a*).

La cour d'appel a décidé, dans la cause de *Lanouette* & *Jackson* (7 L. C. R., p. 362), qu'il y a lieu à une demande en bornage lorsque les traces d'un premier bornage et placement de bornes ont disparu, les terrains n'étant divisés que par une clôture d'embarras.

(*a*) Dans la même cause, on paraît avoir décidé que la construction, par suite d'une convention entre deux propriétaires voisins, d'un mur mitoyen, est une fin de non recevoir contre une action en bornage intentée par l'un d'eux. 1 R. de L., p. 354.

La même cour a jugé, dans la cause de *Desvoyau* & *Watson* (1 L. C. J., p. 137), que l'existence pendant vingt ans d'une clôture entre deux héritages n'est pas une défense à une action en bornage. Nous verrons plus loin quelle prescription peut faire rejeter la demande

Dans une action en bornage, le défendeur ne peut être condamné à contraindre ses voisins à borner avec lui, et une allégation et des conclusions à cet effet seront rejetées sur défense en droit : *Fradet* v. *Labrecque*, Chabot, J. (8 L. C. R., p. 218).

Pour maintenir une action en bornage, il faut que le demandeur prouve son droit de propriété ou au moins sa possession civile : *Mann* & *Hogan*, cour d'appel (8 Q. L. R., p. 1).

Le vendeur à réméré qui est resté en possession, a continué de se faire passer pour le propriétaire et est publiquement reconnu comme tel, ne peut être mis hors de cause sur une action en bornage, par le propriétaire, qu'en payant les frais d'action. Le vendeur à réméré conserve un *jus in re* dans la chose vendue et le voisin peut le joindre à l'acheteur dans une demande en bornage : *Lemieux* v. *Lemieux*, Casault, J. (10 Q. L R., p. 365).

Dans la cause de *Blackburn* v. *Blackburn* (11 Q. L. R, p. 170), la cour de révision, à Québec, a jugé que l'acheteur d'un immeuble, poursuivi en bornage avec conclusions au pétitoire, a droit de procéder en garantie contre le vendeur.

Remarquons, toutefois, que dans une cause beaucoup plus récente de *Duveluy* & *Vigneau* (16 Q. L. R., p. 261), la cour d'appel a décidé qu'une demande de bornage faite en justice, n'est que la demande de l'exécution de l'obligation résultant de la servitude légale du bornage, et qu'en cela elle ne donne pas lieu à une action en garantie ; que le bornage n'est que la délimitation de propriétés voisines, et les lignes apparentes ne peuvent donner lieu à une action en dommages au cas où elles seraient changées par un bornage subséquent à la vente, que dans les seuls cas, soit de la garantie de leur exactitude, soit de la contenance de l'immeuble vendu.

Une action en bornage alléguant que le défendeur est voisin d'un côté sera maintenue, même s'il est prouvé qu'il n'est voisin que d'un autre côté de la terre du demandeur : *Bouffard* & *Nadeau*, cour d'appel (8 R. L., p. 321).

Si après l'institution d'une action en bornage, les parties font un compromis et un bornage à l'amiable, il ne sera plus fait de procédure dans la cause : *McFaul* v. *McFaul* (12 R.L., p. 597). Cela était évident

Des propriétaires limitrophes entre les terrains desquels des bornes n'ont jamais été établies, ne sont pas fondés à intenter une action pétitoire l'un contre l'autre, sous le prétexte qu'il y a eu empiétement, sans avoir au préalable procédé au bornage de leurs propriétés respectives : *The Harbor Commissioners of Montreal* v. *Hall*, Smith, J. (5 L. C. J., p. 155).

Le même juge a décidé, dans la cause de *Lalonde* v. *Daoust* (8 L. C. J., p. 163), que l'action possessoire ne peut être maintenue pour voies de fait sur des propriétés contiguës et non délimitées, par suite de l'incertitude de la possession respective des parties, et, dans ce cas, elles seront renvoyées au pétitoire ou à l'action en bornage. Ce juge a décidé la même chose dans la cause de *Robertson* v. *Stuart* (13 L. C. R., p. 462).

Mais la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Laprade* & *Gauthier* (1 R. L., p. 145), que l'action possessoire compète au possesseur d'un héritage non enclos et non délimité par des bornes légales ou naturelles, lorsque l'étendue de cet héritage est déterminée par des marques capables de faire reconnaître l'endroit jusqu'où la possession s'est exercée ; que le possesseur troublé n'est pas, dans ce cas, obligé de recourir à l'action en bornage, mais peut intenter tout de suite l'action possessoire pour se prémunir contre le trouble apporté à sa possession par l'agresseur voisin.

Dans le cas où il n'existe aucune ligne de démarcation entre les héritages des parties c'est l'action en bornage qui doit être intentée et non pas l'action pétitoire, par celui des deux voisins qui se plaint d'un empiétement : *Graham* v. *Kempley*, cour de révision (16 L. C. J., p. 56 ; 2 R. C. p. 106).

De même, dans la cause de *Fraser* & *Gagnon* (4 Q. L. R., p. 381), la cour d'appel a décidé qu'un propriétaire ne peut porter l'action pétitoire contre son voisin avant d'avoir mis ce dernier en demeure de contester ses droits de propriété ; autrement, comme c'est une question de limites, c'est l'action en bornage qui doit être portée.

Cependant, la cour d'appel a jugé, dans la cause de *Lévêque* & *McCready* (21 L. C. J., p 70), que, dans une action à raison d'un empiétement sur un terrain, en bâtissant au-delà de la ligne de division, lorsque l'empiétement est clairement démontré, jugement peut être rendu conformément aux conclusions de la déclaration, sans qu'il y ait nécessité d'un bornage en justice.

De même, dans la cause de *Gerbeau* v. *Blais* (7 Q. L. R., p. 18), la cour de révision, à Québec, a jugé—dans un cas où le

demandeur était propriétaire de la partie sud et le défendeur de la partie nord d'un lot, sans qu'il y eût de bornes entre les deux terrains, le défendeur s'étant emparé par violence d'une sucrerie dont le demandeur était en possession depuis dix-sept ans—que ce dernier pouvait procéder en réintégrande et n'était pas obligé d'avoir recours à l'action en bornage.

Mais, dans la cause de *Lacroix* v. *Ross* (11 Q. L. R., p. 78), la cour de révision, également à Québec, a décidé que lorsque la possession de deux propriétés voisines n'est pas déterminée et rendue certaine par des marques visibles et fixes, le seul recours de leurs possesseurs à titre de propriétaire est en bornage, et que l'action en complainte pour empiétement doit être renvoyée.

Puis, pour continuer la citation des arrêts qui se sont prononcés sur la question de savoir si le bornage doit précéder la revendication d'un terrain, il y a une décision de la cour d'appel, dans une cause de *Béliveau* & *Church* (R. J. Q., 2 B. R., p. 545), à l'effet que lorsque des terrains sont contigus et qu'ils ne sont séparés par aucune ligne de division, la détermination de cette ligne et l'établissement de bornes, soit à l'amiable ou en vertu d'un jugement sur une action en bornage, sont une condition préalable essentielle à l'institution d'une action en complainte par un possesseur contre l'autre, pour empiétement ou pour avoir coupé des arbres sur les confins des deux terrains (*a*).

Enfin, dans une autre cause encore plus récente, *Marois* v. *Beaupré* (R. J. Q., 7 C. S., p. 123), les parties avaient posé des bornes à l'amiable et depuis longtemps possédaient leurs terrains respectifs conformément à cette délimitation, lorsque le défendeur, prétendant que ce bornage était erroné, fit tracer par un arpenteur, sans avis au demandeur, une nouvelle ligne qui lui donnait une lisière de terrain possédée auparavant par le demandeur. Le demandeur ayant procédé par action possessoire, la cour de révision, à Québec, jugea qu'il pouvait exercer ce recours et réclamer des dommages pour le trouble apporté à sa possession, sans recourir à l'action en bornage (*b*).

Lorsqu'une propriété a déjà été bornée à frais communs et du

(*a*) Voy. aussi *Milliken* & *Bourget*, M. L. R., 5 Q. B., p. 300.

(*b*) Il est clair que ces arrêts ont été motivés par des circonstances diverses, mais la conclusion qui paraît en découler, c'est que lorsque l'étendue du terrain possédé est certaine, le possesseur peut intenter l'action possessoire, sans un bornage préalable.

consentement des deux parties, lesquelles ont signé le procès-verbal, l'une de ces parties ne pourra demander à son voisin un nouveau bornage, sans alléguer des raisons sérieuses montrant l'insuffisance ou l'irrégularité du premier : *Nadeau* v. *St-Jacques*, cour de révision à Montréal (M. L. R., 1 S. C., p. 302 ; 13 R. L., p. 321) (*a*).

Une demande de dommages ou de compensation pour fruits, revenus et profits, ne peut être faite dans une action en bornage. Pour pouvoir intenter l'action en bornage, il faut être en possession à titre de propriétaire de la propriété qu'il s'agit de borner : *Lavell* v. *McAndrew*, Würtele, J. (11 L. N., p. 362) (*b*).

L'utilité pratique du bornage, lorsqu'on poursuit pour valeur d'arbres allégués avoir été coupés sur le terrain du demandeur, a été démontrée dans la cause de *Milliken* & *Bourget*, cour d'appel (M. L. R., 5 Q. B., p. 300). Il n'est pas nécessaire de citer l'espèce qui a donné lieu au jugement.

Lorsque les travaux qu'un propriétaire veut empêcher sont sur les limites des propriétés respectives des parties, et qu'il n'y a pas eu un bornage légal pour déterminer la ligne de division entre les propriétés, il n'y a pas lieu à l'injonction : *The Anglo-Continental Guano Works* & *The Emerald Phosphate Co.* (21 R. L., p. 288 ; M. L. R., 7 Q. B., p. 196).

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Spratt* & *The E. B. Eddy Co.* (R. J. Q., 4 B. R., p. 534), que le bornage est un titre qui ne peut être changé, et, si les bornes sont disparues, il y a lieu, non à un nouveau bornage, mais à une opération pour retracer l'ancienne ligne ; que ce n'est qu'au cas où il est impossible de retracer cette ligne, d'après les anciens titres et procès-verbaux, qu'il peut être procédé à un nouveau bornage.

Enfin, dans la cause récente de *Dauphin* v. *Beaugrand dit Champagne* (*c*), la cour de révision, à Montréal, a décidé qu'un voisin ne peut assigner le propriétaire du terrain contigu pour le contraindre à borner, que lorsque celui-ci s'y refuse. Mais, même lorsque le défendeur a toujours été prêt à borner, le bornage en justice doit être ordonné, si d'ailleurs il y a lieu,

---

(*a*) Cet arrêt peut également être cité sur la question des dépens.

(*b*) L'usufruitier, l'usager et l'emphytéote peuvent également demander le bornage. Voy. *supra*, p. 38.

(*c*) A être rapportée dans le tôme 10 des *Rapports Judiciaires de Québec*, série de la cour supérieure.

seulement le demandeur payera les frais de son action qui est inutile, et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce.

Dépens de l'action. — De nombreux arrêts se sont prononcés sur la question des dépens. Je les rapporterai succinctement.

Un ancien arrêt, *Slack* v. *Short* (2 L. C. J., p. 81), rendu par la cour d'appel, a jugé que si, dans une action en bornage, sans notification préalable, le défendeur se déclare prêt à borner, le demandeur doit être condamné aux dépens de son action.

Dans la cause de *Thibault* v. *Lavallée* (6 R. L., p. 80), le juge Bélanger a condamné aux dépens, un défendeur qui avait conclu au renvoi de l'action, tout en offrant de refaire un ancien bornage.

Dans la cause de *Bouffard* & *Nadeau* (8 R. L., p. 321), la cour d'appel a jugé que le défendeur qui plaide à une action en bornage par une défense en fait, sera condamné aux frais.

Le juge Torrance, dans la cause de *Rochon* v. *Côté* (21 L. C. J., p. 273), a condamné aux dépens un demandeur qui avait intenté une action en bornage sans mise en demeure préalable, et qui y avait joint une demande de dommages dont il n'avait pas fait de preuve.

Tous les dépens de l'instance rendus nécessaires par les prétentions de l'une des parties, lui incombent exclusivement, bien qu'elle ne se soit pas autrement refusée au bornage et qu'elle n'ait pas plaidé à l'action. Les frais d'expertise et de bornage sont les seuls qui doivent être partagés : *Roy* v. *Gagnon*, cour de révision à Québec (7 Q. L. R., p. 207).

Lorsque l'action en bornage n'est pas contestée, les dépens doivent être partagés : *Loiselle* & *Paradis*, cour d'appel (1 D. C. A., p. 264 ; *Desnoyeaux dit Laframboise* & *Tarte dit Larivière*, même cour (19 R. L., p. 407 ; M. L. R., 6 Q. B., p. 477).

Lorsque le défendeur se refuse à un bornage à l'amiable ou le rend impossible par des prétentions rejetées par le jugement, il sera condamné aux dépens : *Bélanger* v. *Giroux*, Casault, J. (9 Q. L. R., p. 249)

Dans une action en bornage, où il était aussi demandé des dommages qui n'ont pas été accordés, le défendeur a été condamné aux frais du litige en partie faits *ex parte*, pour avoir, en réponse à une demande de bornage à l'amiable, de beaucoup dépassé l'époque fixée pour le bornage ; les frais du bornage

ont été partagés : *Thornton & Trudel*, cour d'appel (14 R. L., p. 286 ; 30 L. C. J., p. 202) (*a*).

Dans la cause de *Cosgrove* v. *Magurn* (10 L. N., p. 163), le juge Würtele a condamné aux frais de l'action le demandeur qui n'avait pas prouvé ses allégations quant à la ligne de division ; les frais des opérations de l'arpenteur, de son rapport et de son plan et ceux du bornage ont été divisés.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Cormier & Leblanc* (14 Q. L. R., p. 247), que lorsqu'il est constaté par la preuve que les parties ne pouvaient s'entendre pour borner leurs héritages et que, dans l'intérêt des deux, il fallait recourir à l'action en bornage, les frais tant sur la demande que sur la défense doivent être regardés comme faits dans l'intérêt des deux parties et divisés entre elles.

Dans la cause de *Tétrault* v. *Paquette* (21 R. L., p. 62), le juge Mathieu a décidé que le demandeur qui poursuit en bornage et émet des prétentions exagérées, quant à l'étendue du terrain qu'il réclame, devra payer les frais de la contestation si le défendeur, dont les prétentions sont maintenues, déclare qu'il est prêt à borner suivant les titres, mais demande le renvoi de l'action pour le surplus.

La cour de révision, à Montréal, a jugé, dans la cause de *Guilbault* v. *The Canadian Pacific Ry. Co.* (21 R. L., p. 214), que le tuteur ne pouvant consentir un bornage à l'amiable, les frais de l'action seront supportés également par les parties.

Dans la cause de *Spratt & The E. B. Eddy Co.* (R. J. Q., 4 B. R., p. 534), la cour d'appel a jugé que la cour ne doit adjuger sur l'action en bornage et les frais que lors de l'adjudication finale sur le bornage.

Enfin, dans la cause récente de *Dauphin* v. *Beaugrand dit Champagne* (à être rapportée R. J. Q., 10 C. S.) la cour de révision à Montréal a décidé que lorsque les parties ont toujours consenti à borner, et que l'action en bornage n'a été rendue nécessaire que par le refus mal fondé du demandeur d'accepter la ligne proposée par le défendeur, laquelle est reconnue comme étant la véritable ligne de séparation entre les héritages des parties, le demandeur doit être condamné à payer les frais de

---

(*a*) Le rapport de cette cause dans le *Lower Canada Jurist* contient une note d'une cause de *King* v. *Hayden*, non rapportée, dans laquelle la cour de révision à Québec aurait, en 1882, divisé les frais, lorsque l'action en bornage n'était contestée que pour la partie qui demandait une condamnation aux dépens contre le défendeur.

l'action, les frais de la plantation des bornes, du procès-verbal et du bornage restant communs ; que par "frais du litige au cas de contestation," l'article 504 du code civil entend non seulement les frais de la contestation du droit de borner, mais encore de toute contestation entre les parties au sujet de l'endroit où les bornes devront être placées.

II. **Nomination d'un arpenteur.—Ses fonctions.**— Le tracé des lignes de séparation entre deux héritages étant une opération qui exige des connaissances spéciales et des travaux de précision sur le terrain contesté, le tribunal a besoin des lumières d'un homme de l'art. Pour cette raison on nomme un arpenteur qui agit comme un expert et dont le rapport tout en éclairant le juge ne le lie pas. Tel est le but de l'article 942 du code de procédure civile qui se lit comme suit :

942. " Si les parties ne s'accordent pas, le tribunal nomme " d'office un arpenteur juré, qu'il charge de faire un plan des " lieux, avec indication des prétentions respectives des parties, " et de faire telles autres opérations que le tribunal juge " nécessaires."

Ainsi, l'arpenteur n'établit pas la ligne de séparation entre les héritages, c'est le tribunal qui le fera par le jugement définitif qu'il devra porter. Le devoir de l'arpenteur se borne à faire un plan des lieux, avec indication des prétentions des parties ; il indiquera donc la ligne que réclame chacune d'elles. Rien n'empêche qu'il n'indique la ligne qui, à son avis, devrait séparer les héritages, c'est même ce que la cour a coutume d'ordonner, mais l'article 942 ne l'exige pas. Il est hors de doute qu'une telle indication serait propre à éclairer le tribunal.

L'arpenteur dont il est question à l'article 942 du code de procédure civile est un arpenteur-géomètre, membre de la corporation des arpenteurs-géomètres de la province de Québec. Ces arpenteurs géomètres tombent sous l'opération des articles 4084 et suivants des statuts refondus de la province de Québec, qui ont été, en 1889, considérablement modifiés par la législature. Ces dispositions indiquent minutieusement la manière dont on procède à l'arpentage ; elles autorisent l'arpenteur à interroger des témoins et à faire produire des documents ou plans.

Les parties peuvent de consentement mutuel nommer plus d'un arpenteur, dit l'article 944 du code de procédure civile (*a*).

(*a*) Voy., quant aux fonctions du deuxième arpenteur, *infra*, p. 53, note (*a*).

L'arpenteur nommé, porte également l'article 943, est tenu, sous son serment d'office, de procéder de la même manière que les experts. Les règles de procédure à cet égard sont indiquées aux articles 321 et suivants du même code.

Je puis citer quelques arrêts sur ces questions.

Dans la cause de *Beaudry* v. *Tornalty* (17 L. C. J., p. 175), le juge Torrance a jugé que lorsque l'arpenteur a commis une faute notable dans ses opérations, comme de négliger de donner aux parties l'avis requis par la loi avant de procéder, et qu'en conséquence son rapport a été mis de côté, il n'a pas droit à des honoraires pour le travail qu'il a fait.

Un arpenteur ne peut empêcher l'ouverture de son rapport, à moins qu'une somme fixée par lui ne lui soit préalablement payée : *Décary* v. *Poirier*, Mackay, J. (21 L. C. J., p. 27) (*a*).

Sur une action en bornage, la cour supérieure ne peut ordonner à un arpenteur d'aller placer des bornes, pour diviser les héritages des parties, sans en même temps désigner les lignes qui doivent séparer leurs héritages et l'endroit où seront placées ces bornes. L'arpenteur que nomme la cour, avant d'avoir déterminé la ligne de séparation, n'est qu'un expert chargé de faire rapport sur l'état des lieux et d'indiquer l'endroit où, dans son opinion, la ligne doit être établie, et ce pour éclairer la cour et la mettre à même de déterminer la ligne : *Desvoyeaux* & *Tarte dit Larivière*, cour d'appel (M. L. R., 6 Q. B., p. 477 ; 19 R. L., p. 407).

III. Comment le bornage se fait—L'article 945 du code de procédure civile se lit comme suit :

945 " Le bornage, la reconnaissance des anciennes bornes et " la rectification de la ligne de division sont ordonnés conformément aux droits et titres des parties, et ils sont faits par la " personne indiquée par le tribunal, laquelle doit y procéder " conformément au jugement, et, s'il y a lieu, en posant les " bornes avec témoins, suivant les dispositions contenues dans " le chapitre 77 des statuts refondus du Canada (*b*), dresser " procès-verbal de son opération, et en rapporter le procès-" verbal en minute au tribunal."

(*a*) Dans l'espèce, comme aucuns détails de la somme réclamée n'étaient donnés, le juge a ordonné que le mémoire de l'arpenteur fût taxé et payé avant qu'on pût se servir de son rapport.

(*b*) On trouvera les dispositions de ce statut aux articles 4084 et suivants des statuts refondus de la province de Québec.

On trouvera généralement dans les titres des parties des indications suffisantes pour borner leurs héritages. Mais ces titres peuvent être combattus par la prescription acquise par l'un des voisins. Ainsi, l'existence d'une clôture depuis trente ans entre les terrains des parties sera une circonstance décisive, alors même qu'il serait avéré que la borne devait être placée ailleurs. La vérification de ces faits occasionne souvent une longue enquête, et c'est afin de le mettre en position d'exprimer une opinion éclairée que la loi donne à l'arpenteur le pouvoir d'interroger des témoins. Cependant cette prescription n'attaque pas l'action même en bornage, car le droit de recourir en bornage est imprescriptible. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 646 C. N., nº 12.

Remarquons, quant à la procédure, que par un jugement interlocutoire le tribunal nomme un arpenteur et le charge de faire rapport des prétentions des parties et règle générale d'exprimer son avis sur l'endroit où les bornes devraient être posées. Les parties doivent être entendues sur ce rapport et le jugement final ordonne le posage des bornes aux endroits qu'il indique et adjuge sur les dépens de l'action.

Comme sur tous les articles qui se rapportent au bornage, il y a une abondante jurisprudence à citer sur la disposition de l'article 945 du code de procédure civile.

Je trouve d'abord deux anciennes causes de *Thibault* v. *Rancourt* et de *Thériault* v. *Leclerc*, notées toutes deux 1 R. de L., p. 354. Dans la première on a jugé que la preuve d'une borne existante, sans autre témoignage, ne constitue pas une preuve de titre ; dans la seconde on a décidé que le défendeur sur une action en bornage peut réclamer et prouver un titre par prescription et possession outre son titre, mais qu'il ne peut réclamer contre son titre.

Dans une cause de *Ricard & La fabrique de Ste-Jeanne de Chantal de l'Ile Perrot* (1 R. L., p. 713), la cour d'appel a jugé que le bornage doit se faire suivant les clôtures et travaux actuels, lorsqu'ils existent depuis le temps requis pour acquérir par prescription le fonds sur lequel ils sont construits. La cour d'appel a infirmé une décision de la cour supérieure (9 L. C. J., p. 99) affirmant, outre le point qui a subi la censure de la cour d'appel, que le droit d'intenter l'action en bornage est imprescriptible. Ce dernier point est indiscutable.

Pareillement, dans la cause de *Eglaugh & The Society of the Montreal General Hospital* (12 L. C. J., 39), la cour d'appel a décidé que l'existence d'une clôture depuis trente ans entre

deux héritages, donne droit aux parties de faire déclarer cette clôture comme leur ligne de séparaion.

Le juge Torrance a également décidé, dans la cause de *Patenaude* v. *Charron* (1 R. C., p. 121, et 17 L. C. J., p. 85), qu'une clôture de ligne ou de séparation existant entre deux héritages depuis plus de trente ans, avec possession paisible et publique, doit servir de base à un bornage, sans égard aux titres.

Dans une cause de *Bouffard* & *Nadeau* (8 R. L., p. 321), la cour d'appel a jugé que l'arpenteur n'est pas tenu, dans un rapport sur action en bornage, de constater que les parties ont signé ou ont été requises de le faire (*a*).

Dans une action en bornage, l'opération de l'arpenteur expert de visiter les lieux et d'indiquer les lignes de séparation entre les terres des parties, est une opération préalable qui doit précéder le placement des bornes. Un jugement interlocutoire est irrégulier lorsqu'il ordonne de placer des bornes entre les propriétés des parties, sans qu'elles aient eu occasion d'être entendues sur le rapport de l'opération préalable de l'arpenteur, et sans indiquer l'endroit où ces bornes doivent être placées, et cette opération, quoique faite en conformité de ce jugement, ne peut être rendue valable même par l'homologation subséquente du procès-verbal d'arpentage : *Brown* & *Perkins*, cour d'appel (6 Q. L. R., p. 143 ; 10 R. L., p. 427).

Dans une action en bornage, lorsque la cause a été référée avant enquête à un arpenteur expert, avec droit d'entendre des témoins, les parties ne peuvent, sans permission spéciale, faire entendre devant la cour des témoins sur les mêmes faits sur lesquels l'enquête de l'arpenteur a porté : *Plante* v. *Legendre*, Meredith, J. (6 Q. L. R., p. 201).

Lors de l'homologation du rapport de l'arpenteur, il ne sera pas permis à l'une des parties d'alléguer des motifs de récusation contre l'arpenteur, ces objections devant se faire lors de sa nomination. Un arpenteur peut procéder sous son serment d'office sans prêter de nouveau serment. Un rapport de signification d'un avis donné par l'arpenteur aux parties, constatant

---

(*a*) Je rapporte le sommaire de la décision tel que donné par l'arrêtiste, mais je dois ajouter que la cour d'appel a tout simplement confirmé le jugement de la cour supérieure, lequel renvoyait, sans indication de motifs, une motion pour rejet du rapport de l'arpenteur. Le juge Tessier, qui faisait partie du tribunal, a plus tard expliqué que ce n'était pas là un des motifs du jugement (voy. *Brown* & *Perkins*, 6 Q. L. R., p. 144). Il a même exprimé l'avis que le défaut de constater l'absence des parties ou leur refus de signer serait une cause de nullité.

signification de l'avis entre une heure et quatre heures de l'après-midi, indique suffisamment l'heure de la signification. Le jugement qui ordonne le bornage dans un lieu déterminé est réputé définitif sur le fonds, et non pas simplement interlocutoire, et le même tribunal ne peut, lors de l'audition finale de la cause, modifier ou changer les dispositions de ce jugement : *Forest* v. *Heathers*, Mathieu, J. (11 R. L., p. 7).

L'arrêt de la cour d'appel dans la cause de *Loiselle* & *Paradis* (1 D. C. A., p. 264), énonce le même principe que le jugement dans *Brown* & *Perkins*, savoir : que le jugement ne peut ordonner à l'arpenteur de poser définitivement des bornes, sans indiquer l'endroit où ces bornes seront posées.

La même cour a jugé, dans la cause de *Boisvert* & *Mastine* (3 D C. A., p. 72), que les parties peuvent faire une preuve orale et par titres, même après le rapport de l'arpenteur, si ce rapport reconnaît l'existence de deux lignes et n'établit pas suffisamment celle qui doit être suivie.

Elle a également décidé, dans la cause de *Blackburn* & *Blackburn* (11 Q. L. R., p. 305 ; 19 R. L., p. 481), que la motion demandant l'homologation du rapport de l'arpenteur ainsi que du procès-verbal d'arpentage, doit être signifiée à la partie adverse avec le délai ordinaire, même lorsque cette partie n'a pas plaidé à l'action. Dans l'espèce, le défendeur avait comparu par procureur.

Si l'un des voisins a trop de terrain et que l'autre n'en ait pas assez, il faut parfaire, sauf toujours l'exception de prescription, la part de ce dernier avec l'excédent du premier ; mais celui qui a un titre explicite, ne doit rien obtenir au-delà de ce qui y est exprimé. Pour éclaircir la possession, le juge peut et doit même se reporter au cadastre, anciens plans, papiers terriers, etc. Celui qui jouit d'une contenance aussi étendue que celle mentionnée dans son titre, ne peut opposer à son voisin, qui le poursuit en bornage, que la ligne entre lui et son autre voisin n'est pas la ligne véritable, vu que ce dernier n'a pas le terrain mentionné dans son titre, s'il ne met pas l'autre voisin en cause pour le constater : *Boulet* v. *Bourdon*, Mathieu, J. (12 R. L., p. 121).

Dans la cause de *McArthur* & *Brown* (13 Q. L. R., p. 168), les auteurs des appelants avaient acheté un lopin de terre (location minière), décrit dans l'acte par superficie et par tenants et aboutissants, « avec faculté de changer la course des lignes et bornes, sans en augmenter l'étendue, en suivant la course de la veine de quartz ». et la cour d'appel a jugé que

lorsque ces auteurs ont exercé cette faculté de changer la course des lignes et bornes et en ont fait dresser un plan et ont posé des bornes en conséquence, les arpenteurs experts nommés en justice pour borner ce lopin doivent suivre ces mêmes plans et bornes. Ce jugement a été confirmé par la cour suprême (17 *Supreme Court Repts*, p. 61).

L'omission d'annexer au rapport de l'arpenteur des pièces produites par les parties, n'est pas une cause de nullité, et il peut être ordonné à l'arpenteur de suppléer à cette omission, ou bien, les parties peuvent elles-mêmes produire ces pièces au dossier. Ce rapport n'est pas définitif et les parties peuvent continuer l'enquête dont ce rapport ne constitue qu'un premier témoignage au dossier : *Pacaud* & *La fabrique de St-Eusèbe*, cour d'appel (16 R. L., p. 104).

Le placement par arpenteur, avec procès-verbal, de deux bornes dans une ligne, pour en déterminer la course ou alignement, indique d'une manière permanente la ligne qui doit diviser ces terrains, non seulement à l'endroit où se trouvent les bornes, mais sur toute la profondeur des héritages ; et, à moins d'une possession contraire établie, la possession du terrain jusqu'aux bornes suppose la possession sur toute la profondeur des lots, d'après la ligne dont les dites bornes indiquent la course, et cette possession présumée peut servir de base à la prescription : *Cormier* & *Leblanc*, cour d'appel (14 Q. L. R., p. 247 ; 16 R. L., p. 288) (*a*).

Dans un procès-verbal d'arpentage dans une cité, il n'est pas nécessaire, sous les dispositions du chapitre 77 S. R. C., de mentionner le vrai cours magnétique, d'après son instrument, des lignes que l'arpenteur a tirées ou vérifiées, et le jour, l'heure et le lieu où la variation de cet instrument a été en dernier lieu déterminée par lui, tel que requis par l'article 38 (*b*) du statut : *Evans* v. *Lamb*, cour d'appel (18 R. L., p. 319).

Dans la cause de *Tétrault* v. *Paquette* (21 R. L., p. 62), le juge Mathieu a décidé que lorsqu'un héritage est désigné dans

(*a*) La cour d'appel a également jugé en cette cause que lorsque deux arpenteurs sont nommés pour faire un plan des héritages des parties et indiquer leurs prétentions respectives, un de ces arpenteurs peut, outre le rapport conjoint fait avec l'autre, faire un rapport spécial, et que ce rapport spécial ne sera pas rejeté comme irrégulier, s'il contient des explications nécessaires pour permettre au tribunal de déterminer la position de la ligne qui doit diviser les héritages.

(*b*) Voy. l'art. 4146 S. R. P. Q.

un titre comme ayant une étendue approximative mais contenue dans les limites précises, on doit prendre l'étendue qui se trouve dans ces limites précises et parfaitement définies, comme étant l'étendue de l'héritage ; qu'en l'absence de titres remontant à l'auteur commun, le bornage sera ordonné suivant la possession des parties, et que c'est à celui qui veut obtenir un bornage à un autre endroit que celui indiqué par la possession, à établir son droit par des titres.

Dans la cause de *Duguay* & *Vincent* (R. J. Q., 2 B. R., p. 407), il s'agissait de parties dont les terrains étaient déclarés séparés par la ligne de division de deux cantons contigus, laquelle ligne avait été tracée par l'arpenteur du gouvernement et confirmée par un statut. Dans ces circonstances, la cour d'appel a jugé qu'en l'absence de prescription acquise au-delà de la ligne de séparation des cantons, cette ligne devait borner leurs héritages, sans égard à la mesure indiquée par leurs titres.

Lorsqu'un bornage constate un excédent de terrain, après attribution à chacune des parties de son immeuble entier, suivant la contenance des titres, celle des deux qui est en possession légale d'une portion quelle qu'elle soit de cet excédent, doit y être maintenue par application de la maxime *in pari causâ melior est causa possidentis* : *Marcoux* v. *Bélanger*, Routhier, J. (R. J. Q., 5 C. S., p. 538).

Lorsqu'il y a dispute quant à la ligne de séparation entre deux lots octroyés par la couronne, et qu'on n'a pu retracer la ligne originaire, mais que deux points certains ont été enregistrés au département des terres de la couronne, l'on doit tirer une ligne droite entre ces deux points : *The Bell's Asbestos Co* & *The Johnson's Co.*, cour suprême (23 *Supreme Court Repts*, p. 225).

Dans la cause de *Savard* v. *Renaud* (1 R. de J., p. 422), le juge Taschereau a décidé, qu'après un bornage régulier, la cour peut ordonner à l'un des voisins de refaire sa part de clôtures conformément à la ligne de division constatée par le bornage.

Enfin, dans la cause de *Spratt* & *The E. B. Eddy Co.* (R. J. Q., 4 B. R., p. 534), la cour d'appel a jugé que la cour doit elle-même déterminer quelle sera la ligne de division entre les héritages des parties, et qu'elle ne peut déléguer ce pouvoir à un arpenteur ; que l'opération de l'arpenteur qui détermine quelle sera la ligne de division, est une opération préalable au bornage, sur laquelle les parties ont le droit d'être entendues avant que le placement des bornes soit ordonné.

§ III.—*De l'obligation de clôre.*

En France, ce paragraphe s'intitulerait " *Du droit de clôre*", car le code Napoléon (art. 647) dit que tout propriétaire peut clôre son héritage. Il existait autrefois en France, sans parler du droit de chasse aboli il y a longtemps, des droits dits de parcours ou de vaine pâture. La vaine pâture était le droit des habitants d'une même commune d'envoyer leurs bestiaux paître sur les terrains les uns des autres lorsqu'il n'y avait ni semences, ni fruits ; le parcours était le même droit exercé de commune à commune. Plusieurs coutumes faisaient de cette servitude une obligation, et il était interdit aux propriétaires de clôre leurs héritages. Le code Napoléon a rendu ces droits facultatifs et a permis au propriétaire de se clôre et de se soustraire ainsi à cette servitude, sauf le cas où un fonds enclavé aurait droit à un passage sur son héritage, auquel cas ce passage doit être laissé libre. Si le propriétaire exerce cette faculté, il ne peut réclamer les droits de parcours et de vaine pâture que sous la déduction du terrain qu'il a affranchi de l'exercice de ce droit.

Dans ce pays, les droits de vaine pâture et de parcours n'ont jamais existé. Nous trouvons aux *Edits et Ordonnances*, t. 2, pp. 272 et 424, deux ordonnances de l'intendant Raudot prohibant l'abandon des bestiaux à certaines saisons de l'année, et depuis la cession de la colonie, plusieurs statuts ont porté des peines contre ceux qui démolissent des clôtures ou qui laissent errer leurs bestiaux. Dans ce pays donc l'obligation réciproque des voisins de clôre leurs héritages n'a jamais fait doute et non seulement il était permis au propriétaire d'entourer son terrain de clôtures, mais il pouvait forcer son voisin de contribuer aux frais de construction de ces clôtures (*a*)

Donc, au lieu des articles 647 et 648 du code Napoléon, nous lisons dans notre code civil la disposition suivante :

505. ' Tout propriétaire peut obliger son voisin à faire pour " moitié ou à frais communs, entre leurs héritages respectifs, " une clôture ou autre espèce de séparation suffisante suivant " l'usage, les règlements et la situation des lieux."

Que cet article exprime la doctrine de notre droit, il n'y a pas

---

(*a*) Dans certaines localités, à Laprairie, par exemple, il y a des droits de commune sur un terrain spécialement affecté à cet usage, en vertu d'une concession particulière.

le moindre doute. Mais on aurait peut-être pu le placer dans le chapitre suivant, à la suite de l'article 520, où il est question du mur de clôture que les proprétaires voisins peuvent, dans les cités et villes, être forcés de construire, car chacun de ces articles se rattache au même principe, l'obligation de clôre. Toutefois nous avons dans l'article 505 l'énonciation d'une règle générale, et dans l'article 520 une application de cette règle au cas où les héritages sont compris dans les limites d'une cité ou ville. Quoique l'article 505 ne le dise pas, il est clair que le voisin qui a l'obligation de contribuer à la construction de la clôture a également celle de réparer cette clôture quand elle est devenue en mauvais ordre ou qu'elle menace ruine (*a*).

Notre article ne contient pas la réserve de l'article 647 du code Napoléon en faveur du fonds enclavé qui ne peut trouver d'issue que par l'héritage qu'on veut clôre, mais cette exception — qui, à proprement parler, n'en est pas une, car la clôture se construirait alors avec une barrière convenable — existe dans notre droit, comme dans le droit français. Les articles 540 et suivants de notre code en font foi.

Dans la cause de *Robitaille* v. *Joly* (11 R. L., p. 347), le juge Mathieu a jugé que le propriétaire d'une terre renfermée par une clôture, qui convient avec son voisin de faire tirer une ligne entre leurs héritages respectifs, ne perd pas le droit à l'action possessoire, pour trouble à lui causé sur sa terre, surtout s'il n'a pas accepté cette ligne.

La cour d'appel a décidé, dans une cause de *Neil* & *Noonan* (19 R. L., p. 334), qu'un chemin qui n'est pas clos des deux côtés et qui est fermé par des barrières, n'est pas un chemin public et que le propriétaire du terrain où passe ce chemin peut obliger le voisin à faire sa part de clôture.

Enfin, dans la cause de *Desjardins* & *Rochon* (10 L. N., p. 117), le juge Loranger a jugé que lorsque deux propriétaires riverains ont fait une clôture mitoyenne, chacun pour moitié, un des propriétaires a le droit d'enlever la clôture faite par son voisin, pour la remplacer par le mur de sa maison, mais, dans ce cas, il doit remettre la clôture qu'il a enlevée au propriétaire qui l'avait faite ou lui en payer la valeur.

Voy. aussi *Savard* v. *Renaud*, *supra*, p. 54.]]

(*a*) Cette obligation existe du reste en vertu du code municipal. Voy. ce que ce code dit des clôtures de ligne : art. 425 et suiv.

CHAPITRE II. — DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

Les servitudes établies par la loi ont pour objet :

1° L'utilité publique ;

2° L'utilité des particuliers.

Les servitudes établies pour l'utilité publique sont du ressort du droit administratif. Elles ont principalement pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations, ou les grève de certaines charges, les uns à l'égard des autres, indépendamment de toute convention. Ces obligations réciproques introduisent entre propriétaires voisins des relations bienveillantes et pacifiques, sans lesquelles la société ne serait pas possible.

Les unes sont réglées par les lois [[concernant les municipalités et les chemins]] ; les autres, rentrant plus particulièrement dans le droit privé, sont régies par le code civil. Celles-ci ont trait : aux murs, aux haies, aux fossés mitoyens, — aux divers étages d'une maison qui appartiennent à plusieurs personnes divisément, — au cas où il y a lieu à contre-mur, — aux vues sur la propriété du voisin, — à l'égout des toits, — enfin au droit de passage. (*a*).

(*a*) Ces dispositions sont énoncées aux articles 506 à 509, qui ne diffèrent pas sensiblement des dispositions des articles 649 à 652 du code Napoléon. Nos articles se lisent comme suit :

506. " Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique " ou celle des particuliers.

507. " Celles établies pour l'utilité publique ont pour objet le marche- " pied ou chemin de halage le long des rivières navigables ou flottables, " la construction ou réparation des chemins ou autres ouvrages publics.

" Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par " des lois ou des règlement particuliers.

508. " La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un " à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention.

509. " Partie de ces obligations est réglée par les lois concernant les " municipalités et les chemins.

" Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens ; au cas où il " y a lieu à contre-mur ; aux vues sur la propriété du voisin ; à l'égout " des toits et au droit de passage."

SECTION PREMIÈRE. — DU MUR OU DU FOSSÉ MITOYENS.

La rubrique de cette section n'indique pas suffisamment son objet. La matière qui y est traitée n'est pas, en effet, bornée aux *murs* et aux *fossés* mitoyens ; elle embrasse, en outre :

1° Le cas où les divers étages d'une maison appartiennent divisément à plusieurs personnes ;

2° La mitoyenneté des *haies* ;

3° Enfin, la distance à observer dans la plantation des arbres.

§ I. *De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des murs*

I. Ce que c'est que la mitoyenneté. — Ses différences avec la communauté ou l'indivision ordinaire. — Le mot *mitoyenneté*, mot complexe, composé des mots *moi, toi,* indique l'idée de *copropriété*, de *communauté* ou d'*indivisium*. Or, une chose est *commune* ou *indivise*, lorsque *chacune des parties* ou *molécules* dont elle se compose appartient à deux ou plusieurs personnes. Chacun des copropriétaires, au lieu d'avoir un droit exclusif sur une partie connue et déterminée de la chose commune, a, sur chacune de ses parcelles, un droit *indivis*, c'est-à-dire mêlé et confondu avec celui de ses copropriétaires. Lorsque la chose qui est commune entre deux personnes consiste en un objet intermédiaire, servant de séparation à des fonds contigus, la communauté de cette chose s'appelle la *mitoyenneté*.

La mitoyenneté est donc, en général, la *copropriété*, par portions *indivises*, d'un objet intermédiaire servant de limite et de séparation à deux propriétés contiguës.

Spécialement, le mur mitoyen est celui qui appartient *indivisément, en commun*, à deux propriétaires dont il sépare les fonds ou héritages. (*a*). Ainsi, lorsqu'un mur est mitoyen, les

(*a*) " Un mur est mitoyen et commun," dit Pothier (éd. Bugnet, t. 4, nº 129, p. 313), " lorsque des voisins l'ont fait construire à frais com-" muns sur les extrémités de leurs héritages respectifs ; ou lorsqu'un seul " l'ayant fait construire à ses frais, sur l'extrémité de son héritage, l'autre " voisin en a acquis de lui la communauté." Donc, il y a deux choses à prouver : construction du mur sur la ligne séparative des deux héritages, acquisition de la communauté de ce mur par le voisin ou construction par les deux. Des présomptions, que je rapporterai plus loin, facilitent la preuve de la mitoyenneté.

propriétaires voisins auxquels il appartient n'ont point dans ce mur des portions connues, divisées et déterminées par la ligne séparative qu'on suppose tracée au milieu ; chacun d'eux a un droit égal et rival sur chacune des parties dont ce mur se compose.

Toutefois, la *mitoyenneté* constitue une communauté *sui generis*, qui, sous plusieurs rapports, se sépare de la communauté ordinaire. Elle en diffère quant à la manière de la prouver, quant à sa durée, quant à ses effets, et, enfin, quant à la manière de l'acquérir.

1° *Quant à la manière de la prouver*... Nous trouverons, en effet, dans les articles 510 et 511, un système de preuve adapté tout spécialement à la mitoyenneté.

2° *Quant à sa durée*... L'indivision ordinaire constitue, dans la propriété, une incertitude pleine de dangers et d'inconvénients : il importe donc de la faire cesser au plus vite. De là, ce principe consacré par l'article 689 : *Personne ne peut être contraint de rester dans l'indivision.* Ainsi, lorsqu'une chose appartient indivisément à deux personnes, chacune d'elles a le droit de faire cesser l'indivision en demandant le partage de la chose commune. — La mitoyenneté, au contraire, est en quelque sorte d'ordre public, tant est grande son utilité : lors donc qu'elle existe, aucun des copropriétaires n'a le droit de la faire cesser par un partage auquel son copropriétaire ne veut pas souscrire. Celui des deux auquel pèse cette indivision n'a qu'un moyen d'en sortir, *l'abandon du droit indivis qu'il a dans la chose commune* (art. 513).

3° *Quant à ses effets*... Lorsqu'une chose ordinaire est indivise entre deux personnes, chacune d'elles a bien le droit d'en user ; mais il ne lui est point permis d'y *faire des innovations* sans le consentement de son propriétaire. A chacune d'elles appartient un droit de *veto*, qui paralyse les actes par lesquels l'autre voudrait apporter quelque changement à la chose commune. Ainsi, lorqu'une maison appartient par indivis à plusieurs, l'un des propriétaires ne pourrait point l'exhausser sans le consentement des autres.—Ce droit d'innovation existe, au contraire, en matière de mitoyenneté, puisque chacun de ceux entre lesquels une chose est mitoyenne peut, du moins en général, en tirer, même en la modifiant, tous les avantages qu'elle peut procurer, sous la seule condition de ne pas nuire au droit de son copropriétaire.

De là, le droit qu'il a de faire bâtir contre le mur mitoyen, d'y faire placer des poutres et des solives dans toute l'épais-

seur du mur, à [[quatre pouces]] près ; de là encore la faculté de le faire exhausser, lorsque l'exhaussement peut lui procurer quelque utilité (art. 514 et 515).

4° *Quant à la manière de l'acquérir*... En principe, nul ne peut être contraint de céder sa propriété, en tout ou en partie, si ce n'est *pour cause d'utilité publique* (art. 407) ; mais une exception a été admise en faveur de la mitoyenneté. Lorsqu'un propriétaire a bâti seul, et sans le concours de son voisin, un mur séparatif de leurs propriétés, le propriétaire qui n'a point concouru à la construction du mur peut, même sans le consentement de celui qui l'a construit, en acquérir la mitoyenneté, mais à charge d'indemnité. La propriété est ici sacrifiée dans un intérêt particulier ; mais ce sacrifice est si peu onéreux pour celui qui le subit, et si utile à celui qui en bénéficie qu'on n'a pas dû hésiter à l'admettre. On évite ainsi la construction des murs inutiles et la perte de terrains qu'ils auraient occasionnée.

Cette faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur n'est attribuée qu'au propriétaire *joignant ce mur*. Toutefois, [[d'après le sentiment de Mourlon.]] il ne faut pas entendre cette condition dans un sens trop rigoureux. Autrement, rien ne serait plus facile au constructeur d'un mur que d'enlever à son voisin le droit que lui confère la loi : il lui suffirait pour cela de laisser entre son mur et l'héritage de son voisin une petite parcelle de terrain. Cette parcelle de terrain qui longe ou qui contourne le mur n'est pas à considérer ; c'est presque rien, et, en droit, presque rien est regardé comme rien. On ne doit tenir compte de l'espace entre le mur et la propriété voisine qu'autant qu'il est assez considérable pour que le propriétaire auquel il appartient puisse en retirer quelque utilité (1).

On peut acquérir la mitoyenneté soit du mur en son entier,

---

(1) En ce sens, Delv., t. 1er, p. 166 ; MM. Val., à son cours ; Marc, sur l'article 661 ; Demol., t. 11, n° 354 ; Laurent, t. 7, n° 502.

M. Duranton soutient, au contraire, que la faculté d'acquérir la mitoyenneté n'a lieu qu'autant que celui qui veut l'exercer joint le mur *immédiatement*. *Conf.* MM. Duverg., *sur Toul.*, t. 3, n° 193 ; Dem., t. 2, n° 515 *bis*, V. ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 661 ; Aubry et Rau, t. 2, § 222, note 50. La cour de cassation s'est aussi prononcée en ce sens, par un arrêt de cassation, du 26 mars 1862 (Sir., 62., 1. 473).

[[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1483, s'exprime également dans ce sens. Je crois moi-même devoir repousser le sentiment que Mourlon exprime dans le texte, car l'article 518 n'accorde le droit d'acquérir la mitoyenneté qu'au propriétaire *joignant* le mur ; or, dans l'espèce, le voisin ne joint pas le mur lorsqu'une parcelle de terrain, si minime qu'il soit, l'en sépare.

soit d'une partie seulement de sa hauteur ou de sa longueur ou même de sa largeur (1).

Le prix de l'indemnité se compose : 1° de la moitié de la valeur du terrain sur lequel le mur est construit ; 2° de la moitié de la valeur *actuelle* du mur ou de la partie du mur dont on acquiert la mitoyenneté. — Remarquez que la moitié de la valeur du terrain est due, même au cas où l'acquisition de la mitoyenneté n'a eu pour objet qu'*une partie du mur* (2).

[[Notre article 518, qui reproduit, en substance, la disposition de l'article 661 du code Napoléon, consacre cette faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur en ces termes :

518. " Tout propriétaire joignant un mur a de même (*a*) la " faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en rem- " boursant au propriétaire la moitié de la valeur de la portion " qu'il veut rendre mitoyenne et moitié de la valeur du sol " sur lequel le mur est bâti."

Il va sans dire que si, sans exercer cette faculté, le voisin bâtit sur le mur, il attente aux droits du propriétaire de ce mur. Il peut être condamné à démolir ses constructions comme l'a jugé la cour suprême dans la cause de *Joyce & Hart* (1 *Supreme Court Repts.*, p. 321), dans une action pétitoire dirigée contre le constructeur. Cette construction est en effet une véritable usurpation du droit du propriétaire du mur.

D'ailleurs, le même article n'oblige le voisin à payer que la valeur de la moitié du sol sur lequel le mur est bâti, tandis que ce voisin devrait, s'il ne joint pas directement le mur, payer la totalité de la lisière qui sépare son fonds de ce mur, car lui seul en profitera. Il y a un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, du 3 janvier 1888, dans ce sens : Sirey, 1889. 2. 1870 ; Dalloz, 1888. 2. 320. Cet arrêt est également rapporté 11 L. N., p. 141.]]

(1) *De sa largeur.* En ce sens : Delv., t. 1er, p. 160 ; Marc., sur l'art. 661, n° 2. *Contrà*, M. Demol., t. 11, n° 362. Comp. M. Laurent, t. 7, n° 511.

(2) Comp. M. Laurent, t. 7, n° 512. [[Voyez aussi Pothier à cet effet, *Société*, éd. Bugnet, t. 4, n° 250, p. 335. Le terrain ne se paie que pour la longueur de la partie du mur acquise. Les fondations aussi se paient. Pothier (*loc cit.*) enseigne cependant que si l'un des voisins a des caves et a fait pour cela des fondations beaucoup plus profondes qu'il n'est nécessaire pour soutenir le bâtiment de l'autre voisin qui ne veut pas avoir de caves chez lui, ce dernier ne sera obligé de payer la moitié de la valeur de la fondation que jusqu'à concurrence de ce qu'il lui en faut]].

(*a*) L'article 517 qui précède notre article parle de l'acquisition de la mitoyenneté de l'exhaussement que le voisin a fait au mur mitoyen.

Dans la cause de *Bruchési* v. *Desjardins* (R. J. Q., 2 C. S., p. 436), le juge Doherty a jugé que le voisin ne peut acquérir la mitoyenneté d'un mur, qu'en se conformant aux exigences de l'article 518, et que lorsque le mur en question n'est pas droit et n'est pas propre à servir de mur mitoyen, l voisin ne peut, sans le consentement du propriétaire ou procédure légale, s'emparer du mur et le démolir en vue de sa construction comme mur mitoyen.

Mais *quid*, si le mur a une grande épaisseur ? Le voisin est-il obligé de payer pour toute l'épaisseur du mur ou seulement pour l'épaisseur d'un mur ordinaire de dix-huit pouces ? La question est controversée en France, comme Mourlon, après avoir enseigné que le propriétaire voisin peut acquérir une partie de la largeur du mur, l'indique dans sa note (1), *supra*, p. 61. M. Baudry-Lacantinerie, nº 1485, est d'avis que la mitoyenneté dans toute l'épaisseur du mur doit nécessairement être acquise, et telle était également l'opinion de Pothier (*Société*, nº 251) qui critiquait, sur le motif que le voisin profite de toute l'épaisseur du mur, une décision en sens contraire de Desgodets, sur l'article 194 de la coutume de Paris, nº 28.

La question s'est posée, dans notre jurisprudence, dans la cause de *The Incumbent and churchwardens of St. Stephens Church* v. *Evans* (M. L. R., 7 S. C., p. 255), dans laquelle la cour de révision a jugé que la limite de l'épaisseur d'un mur mitoyen est de dix-huit pouces, et que le proprietaire d'un mur d'une plus grande épaisseur ne peut forcer son voisin, qui veut bâtir contre ce mur, de payer plus que la moitié du coût d'un mur de dix huit pouces et la moitié du sol occupé par tel mur ; que toutefois le voisin, poursuivi pour la valeur d'une plus grande épaisseur, doit plaider spécialement qu'il n'a pas besoin d'un mur de plus de dix-huit pouces, et, en l'absence d'une telle allégation, la cour ne peut suppléer au défaut de ce moyen de défense. Cette décision a été modifiée par la cour d'appel quant au prix de la moitié du terrain sur lequel le mur était bâti, car il était incertain si ce terrain appartenait au propriétaire du mur.

On s'est demandé, dans cette cause, si l'on peut acquérir la mitoyenneté d'une chose hors du commerce comme le mur d'une église, mais la question n'a pas été résolue, car elle ne relevait pas de la contestation liée entre les parties. On est unanime à répondre négativement à cette question en France : voy. Sirey et Gilbert sur l'article 661 C. N., nº 2, et les autorités qui y sont citées. En effet, une telle chose ne peut être vendue ;

elle n'est pas susceptible de propriété privée. Donc, tant que dure la destination d'un tel édifice, le voisin ne peut exiger qu'on lui vende la mitoyenneté de ses murs.

Obligation de construire un mur de clôture dans les cités et villes.]] — Une disposition analogue à celle que nous venons d'expliquer, et qui en est comme le pendant, établit que [["chacun peut contraindre son voisin, dans les cités et villes " *incorporées* (*a*), à contribuer à la construction et réparation du " mur de clôture faisant séparation de leur maisons, cours et " jardins situés ès dites cités et villes, jusqu'à la hauteur de " dix pieds du sol au rez-de chaussée, y compris le chaperon, " sur une épaisseur de dix-huit pouces, chacun des voisins " devant fournir neuf pouces de terrain; sauf à celui à qui " cette épaisseur ne suffit pas à l'augmenter à ses frais et sur " son propre terrain (art. 520) (*b*).]]

Cette mesure contribue à la régularité et à l'embellissement des villes. Elle procure, en outre, aux habitants la sûreté de leurs biens et de leurs personnes, malgré l'insouciance ou la mauvaise volonté de quelques voisins, et sans perte de terrain. Elle ne porte d'ailleurs aucun préjudice réel aux propriétaires récalcitrants, puisqu'en définitive, la clôture à laquelle on les force de contribuer augmente réellement la valeur de leurs héritages.

[[La disposition de notre article et celle de l'article 663 du

---

(*a*) Le mot *incorporées*, outre qu'il n'est pas français dans ce sens, est un pléonasme, car toute *cité* ou *ville* est nécessairement constituée en corporation.

(*b*) Cet article diffère de l'article 663 du code Napoléon en ce que cette dernière disposition se limite aux villes et faubourgs, ce qui, quant aux faubourgs, est une cause de difficulté en France, car il n'est pas facile de dire là où le faubourg finit et la campagne commence. Notre article n'offre pas cette source de procès; il s'applique aux cités et villes *incorporées*, c'est-à-dire aux endroits qui ont été érigés en cité ou en ville par la législature. Il n'y a pas non plus de difficulté à déterminer la ligne de démarcation entre la cité ou ville et la campagne, car il s'agit du territoire de cette cité ou ville, tel que délimité par le pouvoir législatif.

Notre article diffère encore sous un autre rapport de l'article 663 du code Napoléon. Ce dernier article fait déterminer la hauteur de la clôture par "les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus." A défaut de ces usages ou règlements, le mur de séparation doit avoir au moins dix pieds de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et huit pieds dans les autres. Il n'est pas question de l'épaisseur du mur. Dans notre droit, le mur aura, dans tous les cas, dix pieds de haut sur une epaisseur de dix-huit pouces, et cela quelle que soit la population de la cité ou ville.

code Napoléon sont tirées de l'article 209 de la coutume de Paris, qui portait que "chacun peut contraindre son voisin ès " villes et faubourgs de la prévôté et vicomté de Paris, à " contribuer pour faire faire clôture faisant séparation de leurs " maisons, cours et jardins, assis èsdites villes et faubourgs, " jusqu'à la hauteur de dix pieds du rez-de-chaussée, compris " le chaperon."

Il n'était question ici que de la hauteur du mur; son épaisseur était réglée suivant l'usage, qui, au dire de Desgodets, sur le même article, n° 14, avait fixé cette épaisseur à 18 pouces. La coutume de Paris était également muette sur les matériaux dont on devait construire le mur, mais celle d'Orléans (art. 236) disait qu'il devait être fait de pierre et terre. Desgodets (n° 7) n'indique aucune règle si ce n'est celle qui résulte de l'usage des lieux et de la nature des héritages. Notre code ne s'exprime pas non plus sur les matériaux qui doivent entrer dans la construction du mur de clôture, de sorte qu'il faudra recourir à l'usage.

Desgodets, sur l'art. 209 de la coutume de Paris (n° 5), enseigne que si les deux héritages sont d'inégale hauteur, celui dont le sol est le plus bas doit contribuer par moitié depuis le bas de la fondation jusqu'à dix pieds au-dessus de son sol; et celui dont le sol est le plus haut, doit contribuer par moitié jusqu'à la dite hauteur et achever à ses dépens d'élever le mur jusqu'à dix pieds de haut, compris le chaperon, au-dessus du sol de son côté pour se clôre, et payer les charges du rehaussement à son voisin.

Remarquons enfin que l'application de notre article 520 est restreinte aux endroits qui y sont désignés, les cités et villes *incorporées* (a). Dans les campagnes, on appliquera l'article 505, dont du reste, comme l'énonciation d'un principe général, on pourra réclamer le bénéfice même dans les cités et villes. Combinant ces deux dispositions, on peut dire que tout propriétaire peut forcer son voisin à faire à frais communs ou pour moitié une clôture ou autre espèce de séparation suffisante, laquelle, dans les cités ou villes, doit remplir les conditions prescrites à l'article 520, si l'un des voisins l'exige; dans les campagnes, la construction de cette clôture devra rencontrer les exigences des articles 425 et suivants du code municipal.

Nous n'avons guère de jurisprudence sur la disposition de

(a) L'effet pratique de cet article peut être affecté dans certaines localités par des règlements municipaux légalement adoptés.

l'article 520, car si le droit d'exiger un mur de clôture n'est pas douteux, la construction de ces murs, également onéreuse aux deux voisins, est un fait exceptionnel dans la pratique. Les clôtures, sauf les plus anciennes, sont presque invariablement faites en bois et l'article 505 permet de forcer le voisin de contribuer à leur construction.

Je puis cependant citer l'arrêt rendu dans la cause de *Massé* v. *Leclerc* (12 R. L., p. 557), Mathieu, J., à l'effet que les murs de clôture dont il est question à l'article 520 comprennent les murs qui séparent les logements. Le même arrêt juge que le voisin qui veut ainsi construire un mur de clôture faisant séparation de sa maison avec celle de son voisin, n'est pas tenu à d'autre formalité qu'à une simple notification ; que celui qui pour construire un mur de division entre son héritage et celui de son voisin, est obligé de démolir le pignon de la maison de ce dernier, doit remettre les lieux dans le même état qu'ils étaient avant la construction de ce mur et qu'il est responsable des dommages qu'il cause à son voisin.

Le même juge a décidé, dans la cause *McGowan* v. *Amyotte* (17 R. L., p. 329), que le propriétaire qui construit à ses frais un mur de clôture entre son terrain et celui de son voisin, n'a pas, pour la moitié du coût de cette clôture, de recours contre le tiers acquéreur du terrain du voisin.

Droit du propriétaire qui construit un mur sur la ligne séparative de son fonds et du fonds voisin d'asseoir son mur en partie sur son terrain et en partie sur celui du voisin.— Nous avons vu que celui qui veut se porter acquéreur de la mitoyenneté d'un mur non mitoyen joignant son fonds, peut le faire en payant la moitié de la valeur de ce mur et du terrain sur lequel il est assis (art. 518), et d'un autre côté que chacun peut contraindre son voisin, dans les cités et les villes, à contribuer à la construction du mur de clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, jusqu'à la hauteur de dix pieds, " sur une épaisseur de dix-huit pouces, chacun des voisins devant fournir neuf pouces de terrain " (art. 520).

A côté de ces cas se place une autre hypothèse. L'un des voisins veut construire à ses frais, sur la ligne séparative de son fonds et du fonds voisin, un mur non mitoyen. S'il asseoit ce mur entièrement sur son terrain, il diminuera la largeur de ce terrain de la moitié de l'emplacement du mur, au cas où son voisin voudrait le rendre mitoyen. Partant du principe de l'article 520, qui le permettrait de forcer son voisin à contribuer à la construction d'un mur de clôture et de fournir

5

à cette fin neuf pouces de terrain, il demande à asseoir son mur non mitoyen, moitié sur son terrain et moitié sur le terrain du voisin. Sa demande est-elle fondée?

Avec le bon sens qui l'a toujours caractérisé, l'ancien droit français n'a pas hésité à répondre affirmativement à cette question. Le voisin peut donc, à la condition de ne pas prendre plus de neuf pouces de terrain chez son voisin, asseoir son mur, moitié sur son terrain et moitié sur celui de son voisin, et cela sans avoir aucune indemnité à payer à ce dernier pour le terrain qu'il lui a ainsi pris. Il est vrai que nous n'avons pas là-dessus un texte formel, mais rien n'est moins douteux en droit. Nous lisons dans Desgodets, *Lois des bâtiments*, sur l'art. 194 de la coutume de Paris, note (a) de Goupy : " il est permis à celui qui bâtit le premier d'asseoir " le mur qui sépare son héritage d'avec celui de son voisin, " moitié sur son terrain et moitié sur celui de son voisin," et cela avait lieu même dans les coutumes où l'on n'était pas obligé à clôture (*a*). L'on ne peut prendre chez le voisin que les neuf pouces; si le mur doit avoir une plus grande épaisseur, l'excédent doit être pris sur le terrain du constructeur. Ce principe a été affirmé dans la cause de *Prévost* & *Perrault*, cour d'appel (13 L. C. J., p. 106).

Dans la cause de *Kough* & *Nolin* (R. J. Q., 5 Q. B., p. 206), il s'agissait de l'intéressante question de savoir si les pierres d'assise ou l'empattement du mur étaient compris dans les neuf pouces de terrain que le voisin est forcé de fournir pour la construction d'un mur non mitoyen, ou si on pouvait placer ces pierres d'assise en dehors de ces neuf pouces. En cour supérieure (R. J. Q., 5 C. S., p. 213), le juge Tait avait jugé que le constructeur n'avait le droit que de prendre neuf pouces de terrain, et qu'il devait y asseoir et son mur et son empattement. Ce jugement fut infirmé par la cour de révision, Loranger, DeLorimier et Pagnuelo, JJ. (R. J. Q., 7 C. S., p. 428), qui a jugé que chaque propriétaire est tenu de fournir, pour le mur de séparation, neuf pouces de terrain, indépendamment du terrain sur lequel repose la saillie des pierres d'assise. Mais à son tour l'arrêt de la cour de révision fut infirmé par la cour d'appel qui rétablit le jugement de la cour supérieure, décidant que lorsqu'une personne construit un mur sur la ligne séparative de son fonds et de celui du voisin, elle ne peut étendre les pierres d'assise ou l'empattement du mur, au-delà

(*a*) Voy. aussi d'autres autorités citées dans la cause de *Prévost* & *Perrault*, 13 L. C. J., p. 106.

des neuf pouces, à tout événement tant qu'elle n'a pas montré, par une expertise, que telle extension est nécessaire pour assurer la solidité du mur (*a*).

Bien entendu, lorsque le voisin a fourni la moitié du terrain sur lequel le mur est assis, il pourra acquérir la mitoyenneté du mur, en payant seulement la moitié de sa valeur.

Je crois qu'avant d'asseoir un mur en partie sur le terrain du voisin, le constructeur devrait donner un avis à ce voisin, pour permettre à ce dernier de surveiller la construction du mur. Ce sera pour le constructeur une mesure de prudence que son intérêt doit lui conseiller.]]

II. De l'origine des règles de la mitoyenneté. — Le droit romain ne pouvait pas, en cette matière, comme dans les autres parties de notre législation, servir de guide et de modèle. Tout le monde sait, en effet, qu'à Rome les maisons, construites en général, *isolément et sans contiguïté* (d'où était venu le nom d'*insulæ* qu'on leur donnait), ne présentaient pas, à proprement parler, de murs mitoyens. C'est plus tard, et sur notre sol, qu'est née la mitoyenneté. Les règles qui la régissent ont été, pour la plupart, empruntées à notre droit coutumier, et notamment à la coutume de Paris.

III. Dans quel cas un mur est mitoyen. — Un mur est mitoyen :

1° Lorsque deux propriétaires voisins se sont volontairement réunis pour le construire à frais communs, et sur la ligne séparative de leurs héritages ;

2° Lorsque, dans une [[cité ou ville,]] l'un des propriétaires voisins a contraint l'autre à la construction d'un mur de séparation, conformément à l'article 520 ;

3° Lorsque, le mur ayant été construit par un propriétaire, à ses frais et sur son terrain, le voisin en a acquis la mitoyenneté, en payant la moitié de la valeur, tant de la maçonnerie que du terrain qui le supporte (*b*).

(*a*) Cette réserve, si elle était aussi absolue que le paraît indiquer le rapport, laisserait toute la question dans l'incertitude, ou plutôt concéderait le principe qu'en cas de nécessité pour la solidité du mur—nécessité qu'il sera toujours facile de démontrer — les pierres d'assise pourront dépasser les neuf pouces. Dans ses remarques, le juge en chef, sir Alexandre Lacoste, ne parle que du cas où l'excédent de terrain serait nécessaire pour la construction d'un mur de séparation ou de clôture. Je ne donnerais donc pas une grande portée à cette réserve, tout en reconnaissant que l'arrêt de la cour d'appel n'est qu'un arrêt d'espèce.

(*b*) Voy. *supra*, p. 58, note (*a*), la définition qu'en donne Pothier.

IV. Des preuves de la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté. — La mitoyenneté ou la non-mitoyenneté n'est point douteuse, lorsqu'il existe un titre, c'est-à-dire un acte, sous seing privé ou authentique, qui la constate. Mais il arrive souvent qu'un mur existe entre deux propriétaires voisins auxquels il sert de séparation, sans que ni l'un ni l'autre soit muni d'un titre duquel on puisse tirer la preuve de la mitoyenneté ou de la non-mitoyenneté de ce mur. Comment alors résoudre la difficulté? La loi l'a résolue, au moyen de certaines présomptions. Elle s'est attachée à certains signes, desquels elle a, par induction, tiré la preuve de la mitoyenneté ou de la non-mitoyenneté.

Présomptions légales de mitoyenneté. — Ces présomptions reposent toutes sur cette donnée : l'auteur, le constructeur du mur est celui auquel il profite ; *is fecit cui prodest.* Le mur est-il également utile aux deux propriétaires voisins : il est naturel de supposer que chacun d'eux a contribué aux frais de sa construction et fourni la moitié du sol sur lequel il est construit. Ne sert-il qu'à l'un d'eux : celui auquel il profite est alors réputé en avoir fait tous les frais. De là les présomptions suivantes [[énoncées en ces termes par l'article 510 :

510. " Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de " séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours " et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé " mitoyen, s'il n'y a titre, marque ou autre preuve légale au " contraire " (*a*).]]

Tout mur [[donc]] est réputé mitoyen :

1° *Entre bâtiments jusqu'à l'héberge.*—*L'héberge* est la sommité du toit le moins élevé. Ainsi, le mur n'est réputé mitoyen que jusqu'au point où deux bâtiments de hauteur inégale peuvent profiter tous deux du mur commun. La partie du mur

---

(*a*) Cet article est la copie textuelle de l'article 653 du code Napoléon, sauf que ce dernier article se termine par les mots : "s'il n'y a titre ou marque au contraire," et ne parle pas d'autre preuve. Donc notre article permet de repousser la présomption de mitoyenneté : 1° par un titre ; 2° par une marque de non-mitoyenneté ; 3° par une preuve légale. J'aurai plus loin à préciser ce que le législateur entend par preuve légale, mais je puis dire immédiatement que quelques auteurs admettent cette preuve en France.

Remarquons que notre article et celui du code français sont tirés de l'article 211 de la coutume de Paris qui disait : "Tous murs séparant cours et jardins sont réputés mitoyens, s'il n'y a titre au contraire..." Il y avait controverse, sous l'empire de la coutume, sur la question de savoir si cet article s'appliquait dans les campagnes comme dans les villes, et le code Napoléon, suivi en cela par notre code, a tranché la difficulté par une disposition formelle.

qui excède le bâtiment le plus bas appartient exclusivement au propriétaire du bâtiment le plus élevé : car, ne pouvant être utile qu'à lui, c'est lui qui est réputé en être seul l'auteur.

2° *Entre cours et jardins.* — Ces expressions donnent lieu à une équivoque. Le mur peut, en effet, séparer ou deux cours, ou deux jardins, ou une cour et un jardin.

Dans les deux premiers cas, aucune incertitude n'est possible. Les deux fonds que le mur sépare étant de même nature, le mur sert également aux propriétaires des deux fonds : il est donc présumé mitoyen.

Mais que décider dans le cas où le mur sépare une *cour* d'un *jardin ?* Quelques personnes ont, sur cette question, proposé une distinction :

Si les fonds séparés sont situés *dans une ville ou dans* [[*une cité*,]] le mur est réputé mitoyen : car chacun des deux voisins ayant eu le droit de contraindre l'autre à la construction du mur (art. 520), il est naturel de supposer qu'il a usé de son droit, et qu'ainsi le mur a été construit à frais communs.

Que si, au contraire, la cour et le jardin que le mur sépare sont situés *à la campagne*, la présomption de mitoyenneté n'a plus lieu ; le mur alors appartient exclusivement au propriétaire de la cour, par la raison qu'en général on entoure plutôt de murs une cour qu'un jardin (1).

Je n'admettrais pas cette décision. Le texte même de la loi, par la généralité de ses termes (mur entre *cours et jardins*), la repousse énergiquement. Comment supposer, d'ailleurs, que la loi ait passé sous silence un cas aussi fréquent que celui que nous étudions ? Elle nous fournit même un argument d'analogie qui est décisif. Nous verrons, en effet, tout à l'heure, que les murs qui séparent des *enclos* sont réputés mitoyens ; or, la loi ne distingue point si les *enclos* séparés sont ou non de même nature : pourquoi donc distinguer lorsqu'il s'agit de *cours* et de *jardins* (2) ? (*a*).

3° *Entre enclos, même dans les champs*..., de même nature ou de nature différente : car la loi ne [distingue pas. Il suffit que les deux fonds soient enclos l'un et l'autre. Mais cette condition est essentielle. Lors donc qu'un mur sépare deux

(1) M. Bug., à son cours.

(2) MM. Dur., t. 5, n° 304 ; Demol., t. 11, n° 325 ; Dem., t. 2, n° 507 et 507 *bis*, III.

(*a*) La solution proposée par Mourlon ne saurait être douteuse dans notre droit, car, à la ville comme à la campagne, le voisin peut être forcé de contribuer aux frais de clôture.

fonds dont l'un est enclos, tandis que l'autre ne l'est pas, la présomption de mitoyenneté n'a point lieu ; le mur appartient en entier au propriétaire du fonds clôturé.

Faut il appliquer la même décision aux murs *entre cours* et *jardins*, et dire que le mur qui les sépare n'est réputé mitoyen qu'autant que les deux fonds sont *l'un et l'autre* clôturés ?

[[Mourlon admet l'affirmative. La pensée de la loi, d'après lui serait celle-ci :]] est réputé mitoyen tout mur entre cours et jardins, et même *entre enclos...*, c'est à dire entre deux fonds qui ne sont ni des *cours* ni des *jardins*, mais qui, *comme eux*, sont *clôturés*, Ainsi, le mur qui sépare un jardin non clôturé d'un jardin qui est entouré de clôtures de tous côtés n'est point réputé mitoyen ; il est réputé appartenir exclusivement au propriétaire du jardin qui est enclos (1).

[[La plupart des auteurs, comme on le voit à la note, repoussent cette solution. Je dois ajouter qu'elle est contraire au texte même de l'article 501 qui dit " entre cours et jardins," sans distinguer si ces cours et jardins sont ou non clôturés. Cependant, il ne s'agit ici que d'une présomption qui peut, dans notre droit, être détruite par un titre, une marque de non-mitoyenneté ou par une preuve légale. Cette circonstance qu'un seul des fonds est clôturé, bien qu'isolément elle puisse ne pas anéantir la présomption de l'article, pesera sans doute quand cette présomption a été affaiblie par une preuve légale une marque ou par un titre contraire.

Mourlon ajoute que sa solution]] est applicable même au cas où les deux jardins sont situés à la ville ou dans un faubourg (*a*). Il est vrai qu'on peut alors objecter que le propriétaire du jardin clôturé ayant eu le droit d'exiger que son voisin contribue avec lui à la construction du mur qui sépare leurs jardins, il y a tout lieu de supposer qu'il a usé de son droit, et qu'ainsi le mur a été fait à frais communs, ce qui constitue la mitoyenneté. Mais cette objection repose sur une présomption qui n'est pas écrite dans la loi, que la loi même repousse. Que dit-elle, en effet ? que *dans les villes et les* CAMPAGNES, tout mur entre cours et jardins... est réputé mitoyen ! la règle qu'elle pose est plus que générale dans ses termes . elle exclut

---

(1) Delv., t. 1er, p. 159 ; Marc., sur l'article 653.—*Contrà*, Pardessus, t. 1er, n° 159 ; Dur., t. 5, n° 304 ; MM. Demol., t. 11, n° 327 ; Laurent, t. 7, n° 528. [[M. Baudry-Lacantinerie (n° 1474) repousse également la solution de Mourlon.]]

(*a*) On dirait, dans notre droit : dans une *cité* ou *ville*. Mais *transeat !*

formellement la distinction qu'on propose. La seule question qui puisse naître en présence de cette disposition est celle de savoir si elle est applicable aux cours et jardins *même non clôturés*. Si donc on la résout négativement, ainsi que je le fais, il faut évidemment le faire sans distinguer si les jardins sont situés *à la ville* ou s'ils sont situés *à la campagne* (a).

De même, je n'appliquerais point la présomption de mitoyenneté au mur qui sépare un *bâtiment* d'une *cour* ou d'un *jardin*. La loi, en effet, ne prévoit pas ce cas : elle n'applique sa présomption de mitoyenneté qu'aux murs *entre bâtiments*, entre *cours* et *jardins*, et même entre *enclos* dans les champs. Elle ne parle point du mur entre un *bâtiment* et un fonds d'une autre nature. Le mur qui sépare *deux bâtiments* est également utile aux propriétaires voisins, ce qui donne une base toute naturelle à la présomption de mitoyenneté. Il n'en est pas de même au cas où il n'y a de bâtiment que d'*un seul côté* : comment, en effet, supposer que le propriétaire de la cour ou du jardin ait consenti à construire, à frais communs, un mur *de bâtiment*, alors qu'un simple mur moins épais, moins coûteux, un simple mur de clôture, en un mot, lui aurait suffi ? On ne doit pas même, dans l'espèce, distinguer si le bâtiment et l'autre fonds sont situés *à la ville* ou *à la campagne* : car, à la ville même, un propriétaire ne peut pas être contraint par son voisin d'élever avec lui un mur de bâtiment ; tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il contribue à la construction d'un simple mur de clôture, conformément à l'article 520.

Ainsi, dans l'espèce, le mur est présumé appartenir pour le tout au propriétaire du bâtiment (1).

En résumé, — 1° sont réputés mitoyens les murs qui séparent :

---

(1) MM. Dur., t. 5. n° 303 ; Val. et Bug., à leurs cours ; Aubry et Rau, t. 2, § 222, note 9 ; Duv., *sur Toull.*, t. 3, n° 187 ; Marc., sur l'art. 653 ; Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Dem., t. 2, n° 507 *bis*, II ; Demol., t. 11, n° 323. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1475.

Pothier, *Société*, n° 202, enseigne que dans les villes où chacun peut obliger son voisin à faire, à frais communs, un mur de clôture, il est à présumer que le mur est commun jusqu'à la hauteur de cette clôture, mais cette solution est rejetée aujourd'hui, et, à vrai dire, elle ne peut guère se concilier avec les termes de notre article qui dit " entre bâtiments ou entre cours et jardins," et non : " entre bâtiments et cours et jardins." Voy. la note de Bugnet au passage cité, et Sirey et Gilbert sur l'art. 653 C. N., n° 3]].

(a) J'ai dit plus haut que cette solution me paraît contraire à la lettre de notre article, mais il ne s'agit ici que d'une présomption.

Ou deux bâtiments,
Ou deux cours,
Ou deux jardins,
Ou une cour et un jardin.
Ou enfin tous autres fonds, autres que cours et jardins, mais *enclos*.

2° Le mur qui sépare un *bâtiment* d'un autre fonds, cour ou jardin, est réputé appartenir en entier au propriétaire du bâtiment.

3° Quant au mur qui sépare deux fonds qui ne sont ni l'un ni l'autre clôturés, il faut le réputer mitoyen, non pas en vertu des présomptions de la loi, car elle ne prévoit pas ce cas, mais par cette raison toute péremptoire, qu'il n'y a pas plus de raison pour en attribuer la propriété exclusive à l'un des voisins qu'à l'autre.

Toutes ces décisions ont lieu sans qu'il y ait à distinguer si les fonds que le mur sépare sont situés à la ville ou à la campagne.

[[Dans la cause de *McKenzie* v. *Tétu* (12 L. C. R., p. 257), le juge Badgley a jugé, en 1862, que la mitoyenneté entre propriétés contiguës est une présomption de droit qui impose à celui qui s'y objecte la nécessité de la repousser ; que l'objection ne peut être établie que par titres ou à défaut de titres par certaines marques (*a*).]]

Présomption de non-mitoyenneté.—La présomption de mitoyenneté cesse :

1° *Lorsqu'il existe un titre où la non-mitoyenneté se trouve établie :* tel est, par exemple, le cas où l'un des voisins a fait avec l'autre un acte par lequel celui-ci a reconnu, en faveur du premier, la propriété exclusive du mur ;

2° *Lorsqu'il y a marque de non-mitoyenneté.*

(*a*) Ajoutez : ou par une preuve légale ; notre article 510 n'existait pas alors.

Le même juge a décidé, en 1865, dans une cause de *Rodier* v. *Tait* (1 L. C. L. J., p. 70), que le droit de mitoyenneté ne peut être établi par preuve testimoniale, lorsqu'il n'y a pas de titre et que les marques sur le mur n'indiquent pas l'existence de ce droit.

Il y a une contradiction ou du moins une confusion apparente entre ces deux arrêts et je dois dire que je préfère le premier. Si le mur est construit dans la ligne de division, la mitoyenneté se présume, il n'est pas nécessaire de l'établir ; c'est la non-mitoyenneté qui doit être prouvée par titre ou par des marques sur le mur ou enfin par une preuve légale. Il faut dire, cependant, que dans l'espèce de *Rodier* v. *Tait*, il y avait des marques de non-mitoyenneté. Quant à l'inadmissibilité de la preuve testimoniale, elle ne me paraît pas douteuse.

Il y a marque de non-mitoyenneté :

1° Lorsque la sommité du mur est droite et aplomb de son parement d'un côté (c'est-à-dire lorsque la sommité du mur est verticale d'un côté) et présente de l'autre un plan incliné. Dans ce cas, le mur jette son égout d'un seul côté, du côté où se trouve le plan incliné.

2° Lorsqu'il n'y a que d'*un côté* un *chaperon* ou des *filets*. Le *chaperon* est une espèce de toit au haut du mur ; le *filet* est la partie du chaperon qui déborde le mur pour prévenir les dégradations qu'entraînerait la chute de l'eau. Lorsque le chaperon n'existe que d'un côté, le mur présente un plan incliné, comme dans le premier cas. Cette marque de non-mitoyenneté se confond donc avec la première.

3° Lors encore qu'il n'existe que d'un côté des *corbeaux* de pierre, c'est-à-dire des pierres en saillie, destinées à supporter les poutres ou solives du bâtiment que l'on construit ou que l'on construira plus tard contre le mur (*a*).

Dans le premier et dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le plan du mur est incliné d'un seul côté, le mur est réputé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel se trouve le plan incliné. Si le mur n'eût pas été sa propriété exclusive, il ne se fût pas chargé seul de l'égout : car l'égout est un inconvénient, et d'ordinaire, lorsqu'une chose est commune, aucun des copropriétaires ne consent à se charger seul des inconvénients qu'elle entraîne.

Dans le troisième cas, le mur est présumé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont les corbeaux : si en effet, le mur avait été construit à frais communs et pour être mitoyen, il est plus que probable que l'autre voisin aurait voulu avoir sa part des avantages du mur, et qu'ainsi il aurait également fait placer des corbeaux de son côté.

Ces marques ne font preuve de la non-mitoyenneté, qu'autant qu'elles ont été placées dans le mur, au moment même de sa construction. Ainsi, des chaperons, filets ou corbeaux qui y auraient été placés après coup par l'un des voisins, n'auraient

---

(*a*) L'article 511, copie de l'article 654 du code Napoléon, se lit comme suit :

511. " Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur
" est droite et aplomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre
" un plan incliné ; lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon
" ou des filets ou corbeaux de pierre qui ont été mis en bâtissant le mur.

" Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au proprié-
" taire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets."

aucune force probante : autrement, rien ne lui serait plus facile que de mettre à néant les présomptions de mitoyenneté qui peuvent exister au profit de son voisin. Mais, bien entendu, quoique placées après coup, ces marques pourraient néanmoins faire preuve, si elles avaient été construites du consentement des deux voisins.

3° [[*Lorsqu'il y a preuve légale de non-mitoyenneté.* On s'est demandé en France—et la solution de cette question nous permettra de dire quelle est la nature de la *preuve légale* que notre législateur permet expressément — si l'énumération des marques auxquelles la loi a attaché l'effet d'une présomption de non-mitoyenneté est limitative, et si la non-mitoyenneté ne peut être établie que par un titre ou par l'une ou l'autre des présomptions énoncées dans l'article 654 C. N., et Mourlon croit qu'il faut résoudre la question par une distinction :]]

Si la valeur du mur en litige ne dépasse pas 150 francs, [[cinquante dollars dans notre droit]], ou s'il existe un commencement de preuve par écrit qui rende la non-mitoyenneté vraisemblable, il est alors permis de recourir aux indices de toute espèce qui pourront servir à l'établir : car, dans l'un et l'autre cas, elle pourrait l'être par la preuve testimoniale (art. 1341 et 1347 C. N.) (*a*), et tout ce qui peut être prouvé par témoins peut l'être par de simples présomptions, dont l'appréciation est laissée à la sagesse des magistrats (art. 1353 C. N.) (*b*).

Ainsi, lorsque deux jardins contigus et situés à la campagne sont, l'un clos de murs de tous côtés, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des *haies* pour clôture, les juges peuvent trouver dans cette circonstance la preuve que le mur qui sépare les deux héritages appartient exclusivement au pro-

---

(*a*) Nous n'avons pas identiquement et textuellement les dispositions des art. 1341 et 1347 du code Napoléon. Nos règles concernant l'admissibilité de la preuve testimoniale sont énoncées aux articles 1233 à 1237 de notre code ; elles ne diffèrent pas essentiellement des règles du droit français sur cette matière.

(*b*) Cet article porte effectivement que ces présomptions ne sont admises que " dans les cas seulement où la loi admet les preuves testi- " moniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude et de " dol."

Notre article 1238 se contente de dire que " les présomptions sont éta- " blies par la loi, ou résultent de faits qui sont laissés à l'appréciation du " tribunal, " et notre article 1242 que " les présomptions qui ne sont pas " établies par la loi sont abandonnées à la discrétion et au jugement du " tribunal."

priétaire du jardin qui est en entier clos de murs. De même, si l'un des jardins a sur chacun de ses côtés des murs neufs, bâtis à chaux et avec des pierres de taille, tandis que l'autre n'a sur trois de ses côtés que des murs vieux et sans valeur, le mur de séparation pourra être attribué au propriétaire du jardin dont tous les murs sont semblables.

Lors, au contraire, que la valeur du mur est de plus de 150 francs, [[cinquante dollars dans notre droit,]] et qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, ou, plus généralement, lorsque la preuve testimoniale ne serait pas admissible pour établir la non-mitoyenneté, les seules présomptions qui puissent alors être invoquées pour en faire la preuve sont celles qui sont écrites dans la loi (1): sauf pourtant la présomption résultant de la possession exclusive du mur : car cette présomption, étant de droit commun, s'applique dans toutes les questions de propriété (voy., à ce sujet, l'explic. de l'art. 527).

[[Maintenant, quelle doit être la solution de notre droit sur cette question ? Notre article 511 permet expressément de repousser la présomption de mitoyenneté par une *preuve légale*. La question donc ne peut souffrir de doute théoriquement, et il ne faut que préciser le sens de cette expression et se demander quand la preuve sera légale. Or notre droit permet la preuve testimoniale, ou, en d'autres termes, la reconnaît pour *légale*, dans les cas suivants, pour n'énumérer que ceux qui peuvent s'appliquer à notre espèce : dans toute matière où le principal

(1) Suivant MM. Dur. (t. 5, n° 310), Pardessus (t. 1er, n° 162), Aubry et Rau (t. 2, § 222, note 18), Marc. (sur l'art. 654 C. N.), les juges ne peuvent, *en aucun cas*, admettre d'autres marques de mitoyenneté que celles qu'indique l'art. 654 [[C. N., notre art. 511.]] Voy. aussi M. Laurent, t. 7, n° 535.

A l'inverse, Dem. (t. 2, n° 508 *bis*, IV) et M. Demol. (t. 11, n° 341) pensent que l'énumération que contient cet article n'est jamais limitative. Toutefois, les juges ne peuvent admettre que des marques de non-mitoyenneté *résultant de l'état matériel du mur*. " L'art. 654 [[C. N., notre art. 511]], qui indique certaines marques de non-mitoyenneté, n'est point, disent-ils, exclusif. Il ne porte pas, en effet, qu'il n'y aura de marques de non-mitoyenneté que celles qu'il énonce : donc tout indice résultant de l'état matériel du mur, propre à établir la non-mitoyenneté, peut être admis comme preuve." — Ce raisonnement [[dit Mourlon,]] ne m'a pas paru bon. La loi n'avait pas besoin, pour exclure toute autre présomption, de dire expressément que celles qu'elle énumère seront les seules admissibles : car la preuve par présomptions légales est une preuve *exceptionnelle*, qui, à ce titre, ne s'applique jamais qu'aux cas pour lesquels elle a été *spécialement* organisée (art. 1350 C. N.). [[Voy., dans notre droit, les art. 1238 à 1242 ; je dirai plus loin que j'admettrais les présomptions résultant de l'état matériel du mur]]

de la somme ou la valeur demandée (disons généralement l'objet en litige) n'excède pas cinquante dollars; lorsque la preuve a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la possession de la partie adverse ou d'un tiers, sans collusion de la part de la partie réclamante, et ne peut être produite; enfin, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1233). Dans tous ces cas, la preuve testimoniale est *légale* et je l'admettrais pour repousser la présomption de mitoyenneté. En même temps, quelle que soit la valeur du mur, je ne rejetterais pas les présomptions qui résultent de l'état matériel de ce mur, car notre article est bien moins exclusif dans ses termes que l'article 654 du code Napoléon, et nous n'avons pas la disposition de l'article 1353 de ce code qui ne permet au juge d'admettre les présomptions qui ne sont pas établies par la loi que " dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales."

Nous avons vu plus haut que, dans la cause de *Rodier* v. *Tait* (L. C. L. J., p. 70), le juge Badgley a jugé que le droit de mitoyenneté ne peut être établi par preuve testimoniale, mais là il y avait des marques de non-mitoyenneté, car autrement la présomption de mitoyenneté se serait imposée.

Le juge Sicotte a également décidé dans la cause de *Leduc* v. *McShane* (29 L. C. J., p. 56), que la preuve testimoniale est inadmissible pour établir le consentement du voisin à l'érection et au placement d'un mur mitoyen.

Enfin, tout récemment, la cour d'appel, dans la cause de *Tait* & *Lamothe* (R. J. Q., 5 B. R., p. 265), a refusé de permettre la preuve testimoniale pour prouver la nécessité de démolir un mur mitoyen ; le mur, dans l'espèce, avait été démoli sans que son insuffisance eût été constatée contradictoirement.

Il y a au même effet une décision de la même cour dans la cause de *Viger* & *Maurice*, qui sera rapportée R. J. Q., 5 B. R.

Cependant, dans les trois dernières causes et probablement dans la première, la valeur de l'objet en litige dépassait cinquante dollars.]]

V. Des charges de la mitoyenneté.—Ces charges sont relatives à la réparation et à la reconstruction du mur. Elles sont supportées par tous ceux entre lesquels le mur est mitoyen, et proportionnellement au droit de chacun. (*a*)

(*a*) L'article 512, copie textuelle de l'article 655 du code Napoléon, dit que " la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la " charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit " de chacun."

Toutefois, comme ils ne sont tenus que *propter rem* et *occasione rei*, c'est-à-dire à cause du droit de copropriété qu'ils ont dans le mur, et qu'on est toujours maître de renoncer à son droit, chacun d'eux peut s'affranchir de son obligation, en abandonnant le droit qu'il a dans le mur et dans le sol qui le supporte.

Mais remarquez : 1° que, si le voisin auquel le mur a été abandonné ne le rétablit point en bon état, l'abandon sera alors considéré comme non avenu : car le propriétaire qui l'a fait n'a renoncé à son droit que sous la condition que le mur serait effectivement réparé (1);

2° Que le voisin qui a abandonné le droit qu'il avait sur le mur pourra plus tard, s'il le juge à propos, le recouvrer, en usant de la faculté que l'article 518 accorde à tout propriétaire joignant un mur d'en acquérir la mitoyenneté à charge d'indemnité.

[[Notre article 513, qui consacre le droit du voisin de s'affranchir de l'obligation d'entretenir le mur en renonçant à la mitoyenneté, diffère un peu de l'article 656 du code Napoléon. Notre article se lit comme suit :

513. " Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen " peut se dispenser de contribuer aux réparations et recons- " truction, en abandonnant le droit de mitoyenneté et en " renonçant à faire usage de ce mur."

Cet article reproduit textuellement la disposition de l'article 656 du code Napoléon jusqu'au mot " mitoyenneté " inclusivement, mais à l'art. 656 on lit, à la place des derniers mots de notre article, les mots : " pourvu que le mur ne soutienne pas " un bâtiment qui lui appartienne." Donc, en France, le voisin ne peut renoncer à la mitoyenneté d'un mur qui soutient son bâtiment, à moins, dit M. Baudry-Lacantinerie (n° 1496), d'avoir démoli la partie de son édifice qui s'appuie sur ce mur.

Devons-nous admettre cette réserve ou exception dans notre droit, malgré le silence du législateur et le fait qu'il n'a pas reproduit les derniers mots de l'article 656 C. N. ? Je crois que nous ne pouvons nous y refuser. Le législateur exige, outre l'abandon du droit de mitoyenneté, la renonciation " à faire usage du mur." Comment le voisin dont le bâtiment est appuyé sur ce mur peut-il renoncer à se servir de ce mur sans

(1) C'est ce que disait déjà Pothier. *Du contrat de société*, n° 221. Voy. aussi M. Laurent, t. 7, n° 550.

se construire un mur à lui ou démolir sa maison? Il est clair, s'il laisse les choses dans leur premier état, qu'il continuera à se servir du mur. Je conclus donc que, dans notre droit, comme dans le droit français, le voisin dont le bâtiment est appuyé sur un mur mitoyen, ne peut renoncer à la mitoyenneté de ce mur qu'à la condition de se faire un mur sur son terrain ou de démolir la partie de sa maison qui s'appuie sur ce mur (*a*).]]

La faculté de se soustraire, par l'abandon de la mitoyenneté, aux charges qu'elle entraîne, cesse:

1° Lorsque le mur soutient un bâtiment appartenant au propriétaire qui refuse de contribuer aux réparations du mur (1); l'abandon qu'il offrirait de faire pour se décharger de son obligation ne serait, en effet, que fictif, puisque le mur abandonné continuerait d'avoir pour lui toute l'utilité qu'il en retire actuellement; [[dans ce cas, comme je l'ai dit, il faut qu'il construise un mur pour y appuyer son bâtiment ou qu'il démolisse la partie du bâtiment qui s'appuie sur le mur mitoyen; sans cela sa renonciation devra être regardée comme non avenue.]]

2° Lorsque les dégradations proviennent du fait d'un des propriétaires. Dans ce cas, le propriétaire qui est en faute doit supporter seul toute la dépense; et, comme alors il est tenu, non plus *propter rem*, mais par suite du quasi-délit qu'il a commis, il ne lui est point permis de s'affranchir de son obligation par l'abandon de son droit.

Ici se place une question qui est fort débattue: la faculté de s'affranchir, par l'abandon de son droit, des obligations qu'entraîne la mitoyenneté, s'applique-t-elle *même au cas où il s'agit d'un mur situé* [[*dans une cité ou ville?*]] Les coutumes de Paris et d'Orléans ne l'appliquaient qu'aux murs situés *à la campagne*. Pothier donne la raison de cette distinction. Dans les villes et faubourgs, où la clôture est forcée, " le voisin ne peut point, dit-il, s'exempter des charges de la mitoyenneté

(1) Ce cas est expressément prévu par l'art. 656 C. N. *in fine* [[et implicitement, comme je l'ai dit, par notre article 513.]]

(*a*) Maleville, t. 2, p. 97, sur l'art. 656 C. N., cité par les codificateurs sous notre article, dit que la première partie de cet article est prise de l'art. 210 de la coutume de Paris; " quant à l'addition: *pourvu que*, etc., " ajoute-t-il, elle est puisée dans le simple bon sens; il est clair que le " copropriétaire du mur mitoyen qui soutient un bâtiment à lui propre, " ne pourrait se dispenser de contribuer aux réparations de ce mur qu'en " abandonnant son bâtiment même."

en offrant d'abandonner sa part du mur et de la terre sur laquelle il est assis : *car il pourrait être contraint d'en faire un neuf, s'il n'y en avait point.* A la campagne, *où cette raison n'existe point*, le voisin peut s'exempter de la réfection du mur en abandonnant sa part " (1).

Cette distinction a-t-elle été écartée ou maintenue par le code ? [[On a, à ce sujet, proposé deux systèmes en France. Je reproduis l'analyse qu'en fait Mourlon, mais le lecteur saisira ce qu'il y a, dans ces arguments, d'inapplicable à notre droit.]]

PREMIER SYSTÈME.—L'article 656 C. N., qui pose le principe qu'on peut, par l'abandon de son droit, s'affranchir des charges de la mitoyenneté, n'y fait qu'une seule exception ; cette exception est relative au cas où le mur que l'on voudrait abandonner soutient un bâtiment appartenant au voisin qui veut faire cet abandon (*a*). En dehors de cette restriction, la disposition de la loi est absolue : elle embrasse tous les cas possibles, aussi bien le cas où le mur est situé dans un lieu où la clôture est forcée, que celui où le mur se trouve dans un lieu où la clôture est libre (*b*). Tout l'indique : la généralité des termes mêmes de notre article d'abord, puis sa relation avec les articles qui précèdent, et où il est traité tant des murs des *villes* que des murs des *campagnes*. La discussion à laquelle a donné lieu, au conseil d'Etat, la rédaction de l'article 663 [[C. N., l'art. 520 de notre code]] lève d'ailleurs tous les doutes : M. Berlier ayant proposé d'exprimer dans cet article la faculté, pour le propriétaire mis en demeure de se clôre, de se soustraire à cette obligation en renonçant à la mitoyenneté et en cédant la moitié de la place sur laquelle le mur doit être construit, M. Tronchet répondit qu'il n'était pas nécessaire de l'écrire dans l'article 663, *attendu qu'elle se trouvait dans l'article* 656 [[C. N., notre article 513.]]

Ainsi, dans les villes et faubourgs, le propriétaire mis en demeure d'élever un mur de clôture, ou de réparer celui qui existe, peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant,

---

(1) *Cout. d'Orl.*, art. 234 ; *Du contrat de société*, premier appendice, art. 5, § 3, nos 221 et 223.

(*a*) L'article 513 de notre code ne fait pas expressément cette exception, mais j'ai dit plus haut qu'elle découle des termes dont le législateur s'est servi.

(*b*) La clôture est forcée partout dans notre droit. Voy. les art. 505 et 520.

dans le premier cas, la moitié du terrain nécessaire pour l'établissement du mur ; dans le second, le droit qu'il a dans le mur et dans le sol qui le supporte (1).

DEUXIÈME SYSTÈME.—La faculté d'abandon consacrée par l'article 656 C. N. ne s'applique qu'*aux murs de campagne*. Ainsi, lorsque le propriétaire d'un héritage situé [[dans une cité ou ville]] est mis en demeure par un voisin d'élever un mur de séparation ou de réparer celui qui existe déjà, il ne peut s'exempter de cette charge en abandonnant la moitié de l'emplacement ou le droit de mitoyenneté.

Dans les campagnes, cette faculté d'abandon se conçoit. L'obligation de réparer le mur a son principe, *sa cause unique, dans la mitoyenneté même*, l'abandon de la mitoyenneté fait donc disparaître cette obligation : car, *cessante causâ, cessat effectus.* Dans les [[cités ou villes,]] au contraire, l'obligation d'établir des murs de clôture ou de réparer ceux qui existent a pour cause *l'état de vicinité* (a) ; or, l'abandon de la moitié de l'emplacement du mur ou de la mitoyenneté ne fait point disparaître *cet état de voisinage* ; dès lors, comment pourrait-il faire cesser l'obligation que cet état entraîne ? Pour s'y soustraire, il faudrait *tout abandonner, l'héritage en son entier* : car, tant que le propriétaire qui veut s'affranchir de son obligation reste propr.étaire d'une parcelle de terrain, il continue par là même d'être *voisin*, ce qui perpétue son obligation.

Mais, dit-on, la règle posée dans l'article 656 C. N. est générale !

Sans doute ! mais je réponds que le cas prévu par cet article et celui de l'article 663 C. N. sont bien différents, et qu'ainsi le premier n'a et ne peut avoir aucune influence sur le second. Le premier (l'art. 656 C. N.) impose l'obligation de réparer, d'entretenir le mur mitoyen, *tant qu'il existe ;* le second (l'art. 663 C. N.) crée une action bien différente : il impose à chacun des deux voisins, interpellé à cet effet par l'autre, l'obligation d'avoir *à perpétuité* entre eux un mur de clôture. L'obligation de réparer ce mur, lorsqu'il existe, n'est qu'une conséquence de cette obligation qui est la principale : elle est, par conséquent, *perpétuelle* comme elle.

---

(1) MM. Toull., t. 3, nº 218 ; Aubry et Rau, § 222, note 29 ; Marc., sur l'art. 663.—La cour de cassation a toujours statué en ce sens. Voy. notamment l'arrêt du 7 novembre 1864 (Sir., 64. 1. 506).

(a) Cette raison s'appliquerait dans notre droit à la campagne comme dans les villes, la clôture étant forcée partout.

Quant à la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, on ne peut rien en conclure de bien positif ; car, s'il est vrai que M. Tronchet a reconnu que l'article 663 C. N. était modifié par le principe consacré dans l'article 656 C. N., il est également vrai que cette observation n'a été faite qu'incidemment et par M. Tronchet seulement ; on n'en trouve aucune trace ni dans les discussions qui suivirent ni surtout dans la rédaction définitive de l'article 663 C. N. L'observation de M. Tronchet aurait assurément beaucoup de valeur si elle concordait avec l'ancienne pratique de notre pays et avec la logique des principes ; mais tout y est contraire, et l'autorité de l'histoire, et la rédaction de l'article 663 C. N., et la logique du bon sens. Comment, en effet, comprendre un système dans lequel la loi *contraindrait*, d'une part, le voisin à contribuer aux constructions et réparations des murs qui doivent servir de clôture commune, et lui permettrait, d'autre part, d'échapper à cette nécessité par le modique abandon de la moitié du sol ? (1)

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 1499) se prononce en faveur de ce deuxième système, tout en reconnaissant que la cour de cassation a suivi le premier. Je crois que les raisons invoquées en faveur du deuxième système devront prévaloir, car autrement ce serait fournir au voisin un moyen détourné d'échapper à l'application de la règle pourtant si claire et précise de l'article 520. Dans notre droit la clôture est forcée partout, dans les villes comme à la campagne (art. 505 et 520). Qu'il s'agisse donc d'une clôture de campagne ou d'un mur de clôture dans une ville, le voisin ne pourrait se soustraire à l'obligation de l'entretenir en renonçant à la mitoyenneté ; il faudrait qu'il abandonnât son terrain lui-même (art. 555) et qu'il cessât ainsi d'être voisin. La clôture est exigée partout en vertu de dispositions qui ne comportent pas d'exception, et l'on invoquerait vainement l'article 513 pour s'y soustraire. L'article 520 n'est donc pas affecté par la disposition de l'article 513, car c'est une disposition impérative qui ne fait aucune exception. On peut en dire autant de l'article 505. Ainsi, à la campagne même, on ne pourra se refuser à l'entretien d'une clôture de séparation en prétendant renoncer à la mitoyenneté de cette clôture.

Dans une ancienne cause : *Latouche* v. *Rollman* (*Stuart's*

---

(1) Delv., t. 1er, p. 161 ; Pardessus, n° 168 ; Dur., t. 5, n° 319 ; Val. et Bug., à leurs cours ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 663 ; Dem., t. 2, n° 517 *bis*, I ; MM. Demol., t. 11, n° 379 ; Laurent, t. 7, n° 502.

King's Bench Reports, p. 151), on a jugé qu'une action pour deniers, déboursés et avancés peut être intentée par un voisin contre un autre pour sa part des frais de réparation d'un mur mitoyen, si le défendeur a acquiescé implicitement à ces travaux. Voy. pourtant la décision de la cour d'appel dans la cause de *Tait & Lamothe*, R. J. Q., 5 B. R., p. 265.]]

VI. Des droits que confère la mitoyenneté.—[[Je distinguerai ici deux genres de travaux : 1° ceux que le copropriétaire du mur est autorisé à faire ; 2° ceux qui lui sont absolument prohibés. Cette classification diffère de celle de Mourlon qui envisage trois sortes de travaux : 1° ceux que chacun des propriétaires peut faire, *même à l'insu de l'autre*, et sans qu'il soit besoin de lui demander son consentement ; 2° ceux qu'il ne peut faire qu'après avoir obtenu ce consentement ou, sur son refus, un règlement d'experts ; 3° ceux enfin pour lesquels le consentement du voisin est indispensable. Je repousse cette classification, parce qu'elle suppose que l'un des propriétaires peut faire des travaux au mur mitoyen à l'insu de l'autre, ce que je ne puis admettre. La véritable doctrine me paraît être que l'on ne peut faire aucuns travaux au mur mitoyen sans avis préalable au voisin, indiquant le jour où les travaux commenceront, et cela, sous peine d'être tenu des dommages-intérêts du voisin, si ce dernier n'a pas le temps de faire les dispositions nécessaires pour se garantir du dommage (*a*). Ainsi, je ne vois aucun cas où il soit permis de faire des travaux au mur mitoyen à l'insu du voisin. Je puis ajouter que l'article 203 de la coutume de Paris défendait aux maçons " de toucher ni faire toucher à un mur mitoyen pour le démo- " lir, percer ou réédifier, sans y appeler les voisins qui y ont " intérêt, par une simple signification seule, et ce, sous " peine de tous dépens, dommages et intérêts, et rétablisse- " ment du mur." On doute, en France, que cette disposition puisse être invoquée aujourd'hui contre des maçons, mais on l'applique sans hésitation à celui qui fait faire les travaux. L'avis me paraît donc nécessaire.

Je vais maintenant développer la distinction que j'ai faite plus haut, mais j'aurai à décider si, pour les travaux que le propriétaire est autorisé à faire, l'avis seul suffit, ou s'il faut encore requérir le consentement du voisin, ou à défaut de ce

---

(*a*) Demolombe, t. 11, n° 417 ; Pothier, sur la coutume d'Orléans, art. 232, éd. Bugnet, t. 1er, p. 323 ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Servitude*, n° 520.

consentement, une expertise. Je reproduirai le texte de Mourlon autant que possible.

1° *Des travaux que le copropriétaire est autorisé à faire.* Tout propriétaire peut]] :

Faire bâtir contre le mur mitoyen ;

Y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à [[*quatre pouces*]] *près*, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire *à l'ébauchoir* (1) la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu ou y adosser une cheminée (voy. toutefois l'art 532) (*a*) ;

Faire exhausser le mur dont il veut se servir pour y adosser une construction ou tout autre ouvrage. Mais, bien entendu, il doit :

D'une part, faire seul la dépense de l'exhaussement, car il acquiert seul la partie exhaussée ; d'autre part, prendre à sa charge exclusive les réparations de cette partie du mur : car, à partir du point où commence l'exhaussement, le mur cesse d'être mitoyen.

Et, comme la *surcharge* provenant de l'exhaussement sera, pour la partie restée mitoyenne, une cause de réparations plus fréquentes et peut-être de ruine plus prompte, il devra, en outre, payer à son voisin une indemnité pour ce préjudice. Cette indemnité est [[fixée au sixième de la valeur de l'exhaussement. Notre article 515 qui reconnaît ce droit d'exhausser un mur mitoyen diffère un peu de l'article 658 du code Napoléon. Il est du reste en ces termes :

---

(1) On appelle *ébauchoir* un fort ciseau, au moyen duquel les charpentiers peuvent enlever des portions de poutres sans les déplacer.

(*a*) L'article 514 est en ces termes :

514. " Tout copropriétaire peut bâtir contre un mur mitoyen et y " placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur à quatre " pouces près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de le forcer à " réduire la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait " lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser des che- " minées."

Les mots " à quatre pouces près " sont de droit nouveau. L'art. 208 de la coutume de Paris ne permettait de percer le mur " que jusqu'à l'épaisseur de la moitié du dit mur." Cet article exigeait de plus qu'on y mît " jambes, chaînes et corbeaux," exigence qui n'a pas été reproduite par notre code.

Notre article 514 ne diffère de l'article 657 du code Napoléon qu'en ce que ce dernier permet de placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, *à cinquante-quatre millimètres (deux pouces) près.* L'article 657 porte aussi que la poutre sera réduite *à l'ébauchoir*, notre article ne prescrit pas le mode de réduction.

515. " Tout copropriétaire peut faire exhausser à volonté, " mais à ses dépens, le mur mitoyen, en payant indemnité " pour la charge en résultant et en supportant pour l'avenir " les réparations d'entretien au-dessus de l'héberge commune.

" L'indemnité ainsi payable est le sixième de la valeur de " l'exhaussement.

" A ces conditions la partie du mur ainsi exhaussée est " propre à celui qui l'a faite, mais quant au droit de vue, elle " reste sujette aux règles applicables au mur mitoyen."

Notre article est plus explicite que l'article 658 du code Napoléon. Il en diffère en ce que cet article laisse aux experts à déterminer le chiffre de l'indemnité qui se base sur la valeur de l'exhaussement. Il en diffère encore en ce qu'il défend au propriétaire de la partie exhaussée d'établir dans cette partie du mur qui est sa propriété exclusive des vues qu'il ne pourrait avoir si tout le mur était mitoyen. Ainsi, il ne pourra pratiquer dans la partie exhaussée du mur des fenêtres même à fer maillé et verre dormant. Le code Napoléon ne contient pas cette disposition.]]

En résumé, le propriétaire qui fait exhausser le mur doit payer : 1° la dépense de l'exhaussement ; 2° les frais de l'entretien ultérieur de la partie exhaussée ; 3° une indemnité de surcharge.

Lorsque le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, le propriétaire qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et, s'il est nécessaire de donner au nouveau mur une base plus large, prendre de son côté l'excédent d'épaisseur. Mais remarquez qu'il ne doit alors à son voisin aucune indemnité de surcharge (art. 515 et 516 comb.)(*a*).

Il ne lui doit même aucun dédommagement pour la gêne momentanée et les embarras de toute espèce que lui ont causés la démolition et la reconstruction du mur. Si prolongés qu'aient été ces inconvénients et si grand qu'ait été le préjudice qui en a été la suite, il n'a aucune indemnité à payer. Ainsi, supposons que son voisin ait un café adossé au mur : les travaux de démolition et de reconstruction ont pu rendre cet établissement inabordable pendant plusieurs mois et le désachalander. Il y a une perte considérable. Cependant le voisin

---

(*a*) C'est la disposition de l'article 516 qui est en ces termes :

516. " Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhausse- " ment, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à " ses frais, et l'excédent de l'épaisseur doit se prendre de son côté."

Cet article est la copie textuelle de l'article 659 du code Napoléon.

qui la subit n'a droit à aucun dédommagement. En exhaussant le mur, son voisin a usé d'un droit que lui confère la loi or, *qui jure suo utitur neminem lædit*. L'exercice de son droit d'exhaussement n'a pu être rendu plus onéreux par cette circonstance, étrangère à la mitoyenneté, que son voisin exerçait l'état de cafetier (*a*).

[[Cette doctrine a été suivie par la cour d'appel dans la cause de *Lyman* & *Peck* (6 L. C. J., p. 214). Elle y a jugé que le voisin ne peut recouvrer des dommages à raison des inconvénients ou de la perte soufferte par la démolition et reconstruction d'un mur mitoyen, lorsque ces inconvénients ou cette perte sont les conséquences inévitables de la démolition et de la reconstruction et lorsqu'on a observé toutes précautions possibles et procédé avec diligence.

Il y a plusieurs autres arrêts rendus dans des causes où un locataire avait réclamé des dommages de son bailleur, à raison du préjudice souffert par la démolition d'un mur mitoyen, faite par son voisin. Je les rapporterai en temps et lieu, mais je puis dire qu'ils reconnaissent le droit absolu d'un propriétaire de démolir le mur mitoyen, sans pour cela être tenu des dommages que le voisin peut en éprouver, si, dans l'usage de son droit, il a procédé avec une diligence raisonnable à la démolition et à la reconstruction du mur.]]

Toutefois, cette théorie a besoin d'un tempérament. Le voisin peut subir, par suite de l'exhaussement, deux sortes de dommages. Les uns consistent dans la privation momentanée de certains droits ou avantages étrangers à la mitoyenneté les autres proviennent, au contraire, des atteintes portées aux droits que la mitoyenneté confère. Quant aux premiers, il doit les subir sans indemnité (1). Il en est différemment des seconds. Ainsi, il peut exiger le rétablissement des treillages, berceaux, cheminées, peintures, ornements et autres objets, adossés au mur de son côté et qu'on a été obligé de détruire ou de détériorer pour construire le mur afin de l'exhausser. Il avait, en effet, le droit d'y adosser ces objets : c'était un attribut de la mitoyenneté elle-même ; son copropriétaire n'a pas pu le lui ravir (2).

(*a*) On voit là la nécessité de l'avis préalable, car le voisin doit avoir le temps pour se préparer à subir les inconvénients qui résultent pour lui de la démolition du mur mitoyen.

(1) *Contrà*, M. Laurent, t. 7, nos 561 et suiv.

(2) *Quid*, pourtant si les peintures ou autres ornements faits sur le mur sont d'un si grand prix, que la condition de les payer rende impos-

Au reste, si le voisin d'un mur exhaussé est obligé de subir la gêne et les embarras que peuvent causer la démolition et la reconstruction, le nouvel état du mur lui apporte une espèce de compensation : il profite, en effet, et sans bourse délier, des dépenses qui ont été faites, puisqu'au lieu d'avoir la mitoyenneté d'un vieux mur, il a maintenant la mitoyenneté d'un mur neuf et mieux établi que l'ancien.

Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en acquérir la mitoyenneté en payant une indemnité.

[[C'est ce que dit l'article 517 en ces termes :

517. " Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut " en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense " qu'il a coûtée, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'ex-" cédent d'épaisseur, s'il y en a " (*a*).

Lorsque le propriétaire joignant un mur sur lequel il n'a aucun droit, veut en acquérir la mitoyenneté, il le peut, en payant la moitié de la valeur du sol sur lequel il est établi, et la moitié de sa *valeur au moment de l'expropriation* (art 518). Ainsi, on ne considère pas *ce qu'il a coûté*, mais *ce qu'il vaut.*

Il n'en est plus de même dans notre espèce. Le voisin qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement doit payer la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a, et la *moitié de la dépense qu'a coûtée l'exhaussement* (art. 517). Ainsi, on considère non pas *ce que vaut* l'exhaussement, mais *ce qu'il a coûté.*

Il y a donc entre ces deux cas une différence marquée. Le plus souvent, en effet, surtout lorsqu'il s'est écoulé quelque temps depuis la construction du mur, sa *valeur* est bien au-dessous de la *dépense* qu'il a fallu faire pour le construire. Le propriétaire qui veut acquérir la mitoyenneté de l'exhaussement du mur dont il est déjà propriétaire mitoyen pour partie, est donc traité moins favorablement que celui qui veut acquérir la mitoyenneté d'un mur sur lequel il n'a actuellement aucun droit.

---

sible l'exercice du droit d'exhaussement ? Dans ce cas, le propriétaire pourrait exhausser, sans être obligé de reproduire sur le nouveau mur les mêmes peintures ou ornements ; il lui suffirait de payer une indemnité qui serait réglée d'après les circonstances et conformément aux principes de l'équité naturelle. Autrement, l'un des voisins pourrait, en faisant sur le mur des travaux d'un très grand prix, enlever à l'autre son droit d'exhaussement, tant il le rendrait onéreux. Chacun d'eux a bien le droit de se servir du mur, mais c'est sous la condition d'en user de telle manière qu'il ne paralyse point le droit de l'autre.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 660 du code Napoléon.

D'où vient cette différence ? La loi, a-t-on dit, a probablement voulu par là engager le voisin à s'entendre avec son copropriétaire pour l'exhaussement. Elle a voulu surtout empêcher la spéculation d'un propriétaire qui, ayant besoin de l'exhaussement, le laisserait faire par son voisin, afin d'en acquérir ensuite *et immédiatement après sa construction*, la mitoyenneté à vil prix.

Aussi pensons-nous que, si l'exhaussement était *ancien*, la mitoyenneté pourrait en être acquise moyennant la moitié, non plus de ce qu'il a coûté, mais de sa valeur actuelle (1).

[[J'ai dit plus haut qu'avant d'entreprendre ces travaux, le propriétaire doit donner un avis au voisin. Est-il nécessaire de requérir également son consentement, sauf à recourir à une expertise s'il refuse ? L'article 519 nous aidera à répondre à cette question ; il est en ces termes]] :

"L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un " mur mitoyen *aucun enfoncement*, ni y *appliquer* ou *ap-* " *puyer aucun ouvrage* sans le consentement de l'autre, ou " sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens " nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible " aux droits de l'autre " (*a*). Ces moyens varient suivant l'espèce d'ouvrage qu'on se propose de faire : voy., à ce sujet, l'art. 532.

Cette disposition semble être en contradiction avec les articles 514 et 515. Ces articles, en effet, confèrent aux deux voisins le droit *de construire contre le mur, d'y appuyer des poutres*, et même de le *faire exhausser* pour s'en servir ; il n'y est nullement parlé de la nécessité d'obtenir, à cet effet, le *consentement de l'autre voisin*, ou, sur son refus, un règlement d'experts. L'article 519, que nous expliquons, porte, au contraire, que l'un des voisins ne peut, sans ce consentement ou sans ce règlement, pratiquer dans le corps du mur *aucun enfoncement*, ni y *appliquer* ou *appuyer aucun ouvrage*. Ces expressions, *pratiquer aucun enfoncement*, *appliquer* ou *appuyer aucun ouvrage*, semblent avoir un sens absolu, et, par conséquent, applicable aux ouvrages prévus par les articles 514 et 515. N'est-ce pas, en effet, *appuyer*, *appliquer un ouvrage* sur ou contre que de *bâtir contre*, que d'y *placer des poutres* ou des solives ?

---

(1) C'est l'opinion générale. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1491, se prononce en ce sens]]. Voy. cependant M. Laurent, t. 7, n° 564.

(*a*) Cet article est copié textuellement sur l'article 662 du code Napoléon.

La plupart des auteurs l'ont ainsi pensé. La règle posée dans l'article 519 est générale, disent-ils, et, comme telle, *commune à tous les travaux qui se rattachent à un mur mitoyen* (1).

[[Mourlon critique cette interprétation. A son avis, chacune de ces deux dispositions a son hypothèse particulière.]]

L'article 514 a pour objet les *constructions* que l'un des voisins veut élever contre le mur, ou l'établissement des poutres qu'il veut y placer. Ces travaux sont de telle nature qu'ils ne peuvent en aucune façon nuire au mur : au lieu de l'affaiblir, ils ne font que le consolider. Dès lors, à quoi bon la nécessité d'un consentement préalable de l'autre voisin ou d'un règlement d'experts ?

Quant à l'*exhaussement*, la loi a pris soin de prescrire elle-même les mesures propres à sauvegarder le droit et l'intérêt du voisin : ce règlement légal suffit donc ! Dès lors, point n'est besoin de s'assurer préalablement du consentement du voisin ou de recourir à l'avis des experts !

Viennent ensuite, après ces cas spéciaux, les autres travaux de toute espèce. La loi, ne pouvant point les réglementer elle-même, (il eût fallu entrer à cet égard dans des détails trop minutieux), a préféré sauvegarder l'intérêt de chacun des voisins par l'obligation qu'elle impose à chacun d'eux de ne rien faire sur, dans ou contre le mur, sans obtenir le consentement de l'autre, ou, à défaut de ce consentement, sans un règlement d'experts (2).

[[Je crois qu'il vaut mieux suivre ici la majorité des auteurs, et rejeter la distinction proposée par Mourlon. La disposition de l'article 519 est générale et absolue. Elle n'affecte pas le droit du copropriétaire du mur d'appliquer des poutres, ou de l'exhausser malgré son voisin ; elle ne fait que prescrire certaines mesures auxquelles le copropriétaire doit préalablement avoir recours, quand il veut appliquer des ouvrages au mur ou l'exhausser malgré son voisin, afin précisément que les droits de ce voisin ne soient pas sacrifiés par suite de son abstention, et que l'on constate si le mur peut supporter ces travaux.

---

(1) Delv., t. 1er, p. 162 ; Pardessus, t. 1er, nos 178 et 181 ; MM. Aubry et Rau, t. 2, § 222, note 32 ; Bug., à son cours ; Duc., Boun. et Roust., sur l'art. 662 ; Marc., sur l'art. 662 ; Dem., t. 2, n° 516 *bis* ; Demol., t. 11, n° 416 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1493.]]

(2) MM. Dur., t. 5, n° 335 ; Val., à son cours ; Laurent, t. 7, n° 554. —Cette doctrine a été consacrée par la cour de cassation, le 18 avril 1866 Sir., 66. 1. 430).

Commentant les mots " ni y appliquer ou appuyer aucun " ouvrage ", M. Baudry-Lacantinerie (nº 1493) dit : " Ces " termes sont tellement généraux qu'on s'étonne qu'il puisse y " avoir controverse sur le point de savoir si notre disposition " est applicable aux travaux dont parlent les articles 657, 658 " et 659, c'est-à-dire aux constructions faites contre le mur mi- " toyen et à l'exhaussement de ce mur. Construire contre le " mur mitoyen, c'est bien *y appliquer un ouvrage*, et l'ex- " hausser, c'est bien *y appuyer un ouvrage*. D'ailleurs, il y " aurait dans la loi une véritable contradiction, si elle devait " être entendue en ce sens, que le consentement du voisin ou " une expertise sera nécessaire pour adosser, par exemple, des " espaliers au mur mitoyen, mais non pour construire contre ce " mur ou pour le surhausser. Les constructions contre le mur " mitoyen et le surhaussement de ce mur sont les innovations " les plus graves, et il serait incompréhensible que, précisément " pour ces deux cas, la loi eût supprimé la mesure de protec- " tion établie par l'article 662 (notre article 519). La doctrine " se prononce généralement en ce sens." Je puis ajouter que dans la cause de *Stephen & Walker*, 6 L. N., p. 286, la cour d'appel a condamné, à remettre un mur dans son premier état, un propriétaire qui avait pratiqué dans ce mur des enfoncements sans la permission de son voisin et sans suivre la procédure de notre article.

2º *Des travaux qui sont prohibés au propriétaire.*]]—L'un des voisins ne peut, *sans le consentement de l'autre*, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. Ici, le consentement du voisin est de rigueur ; il ne peut pas être suppléé par un règlement d'experts (voy. l'explication des articles 533 et suivants).

§ II.—*Du cas où les divers étages d'une maison appartiennent divisément à plusieurs personnes.*

Il se peut qu'un testateur lègue à Paul le rez-de-chaussée de sa maison, à Pierre le premier étage, à Jacques le second.... ou encore que plusieurs cohéritiers partagent dans le même sens la maison dont ils ont la propriété indivise.

Dans ce cas, chacun des ayants droit a la propriété exclusive de l'étage qui lui a été attribué ; sont, au contraire, communs entre les propriétaires du rez-de-chaussée et des différents étages de l'édifice, ses gros murs, le toit et toutes

les autres parties qui, servant à sa solidité ou à sa commodité, comme les digues, le puits, la fosse d'aisances et l'allée, sont d'une utilité commune.

Quoique l'hypothèse que je viens de prévoir ne se présente que fort rarement dans la pratique, le code, à l'exemple de la coutume d'Orléans, a pris soin de la régler.

Si le titre détermine le mode des réparations et reconstructions, ce règlement fait loi entre les parties.

A défaut de ce règlement, les parties contribuent aux réparations et reconstructions ainsi qu'il suit :

" Les gros murs, le *toit* (ajoutons : et tout ce qui sert à la solidité de l'édifice entier ou aux besoins communs des copropriétaires, les digues, terrasses, puits et fosses d'aisances) sont à la charge de tous les propriétaires, qui y contribuent chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient.

" Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche." Mais c'est à celui qui se trouve au-dessous à faire le plafond, s'il lui convient d'en avoir un.

" Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite."—Cette dernière disposition ne paraîtra pas entièrement conforme à l'équité, si l'on considère qu'elle met à la charge exclusive du premier étage les frais d'un escalier qui n'est pas réservé à son usage particulier, mais qui sert aux propriétaires des étages supérieurs. La loi a préféré cet inconvénient à ceux qui seraient résultés des calculs compliqués qu'il aurait fallu faire pour déterminer avec une juste précision la contribution proportionnelle afférente à chacun des copropriétaires (*a*).

Si la maison vient à être incendiée ou détruite par accident, le sol appartient en commun à chacun des propriétaires, proportionnellement à la valeur respective des étages que chacun d'eux avait dans la maison. Ils peuvent alors s'entendre à

(*a*) L'article 521, copie textuelle de l'article 664 du code Napoléon, se lit comme suit :

521. " Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à " divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode " de réparation et reconstruction, elles doivent être faites ainsi qu'il " suit :

" Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, " chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient ;

" Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ;

" Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le " propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui con- " duit chez lui, et ainsi de suite."

l'effet de la rebâtir, auquel cas chacun d'eux contribuera aux frais de construction, suivant la proportion qui a été ci-dessus indiquée.

S'ils ne sont point d'accord pour bâtir, le sol étant indivis entre eux, chacun d'eux a le droit de faire cesser l'indivision, soit par un partage en nature, soit par la *licitation* (voy., sous l'art. 1562, l'explic. du mot *licitation*).

[[Nous pouvons rapporter immédiatement les termes de notre article 522 quant à l'effet de la reconstruction du mur mitoyen ou d'une maison grevée d'une servitude. Il en sera question plus loin lorsque nous parlerons de l'extinction des servitudes. Cet article se lit comme suit :]]

" Lorsqu'on reconstruit un mur mitoyen ou une maison, " les servitudes actives et passives se continuent à l'égard du " nouveau mur ou de la nouvelle maison, sans toutefois " qu'elles puissent être aggravées et pourvu que la recons- " truction se fasse avant que la prescription soit acquise " (*a*). Voyez aussi les articles 559, 560, 562, 563.

§ III.—*De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des fossés.*

" Tous fossés entre deux héritages sont réputés mitoyens " s'il n'y a titre ou marque du contraire" (art. 523).

[[Cet article est copié sur l'article 666 du code Napoléon. On remarquera que dans ce cas, contrairement à la règle qu'il énonce à l'article 510, quant aux murs, le législateur ne permet pas expressément de justifier de la mitoyenneté du fossé par une preuve légale. Cependant, dans le cas du mur, on permet cette preuve en France en l'absence même d'une disposition précise comme celle de notre article 510. Je ne vois pas pour quelle raison nous ne pourrions ici suppléer au silence du législateur et permettre une preuve qui rencontre les exigences de la loi, surtout vu que nous avons une disposition analogue dans le cas des murs (*b*).

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 665 du code Napoléon.

(*b*) Dans de nouveaux articles ajoutés au code Napoléon par une loi du 20 août 1881, il est question de la *clôture* mitoyenne. Notre code ne parle pas d'une clôture, excepté quand il s'agit d'un mur de clôture dans les cités et villes, mais puisque la clôture est obligatoire dans notre droit, que chaque voisin doit en construire la moitié lorsque toute la clôture n'a pas été faite à frais communs (art. 505), ne doit-on pas considérer mitoyennes, en l'absence de la preuve du contraire, les clôtures qui séparent deux héritages ? Il semble que la présomption de la mitoyenneté s'impose dans ce cas.

Expliquons maintenant notre article :]]

" Tous *fossés*.. " Ainsi, peu importe leur destination : qu'ils soient destinés à faciliter l'écoulement des eaux, qu'ils servent de clôture ou qu'ils bornent des héritages, dans tous les cas la loi les présume mitoyens.

" Entre deux héritages..." clos ou non clos, car la loi ne distingue pas. Elle présume donc plus facilement leur mitoyenneté que celle des murs et haies. Les murs de séparation (*a*) et les haies ne sont, en effet, réputés mitoyens qu'entre *enclos* (art. 510 et 527). Un fossé, au contraire, est réputé mitoyen alors même que l'un des héritages entre lesquels il se trouve a des fossés sur ses quatre côtés, tandis que l'autre présente trois de ses côtés sans fossés. Cette différence s'explique. Un objet placé entre deux propriétaires est présumé mitoyen lorsqu'il est *également utile* à chacun d'eux. Or, les murs et les haies ne peuvent être également utiles aux voisins qu'ils séparent qu'autant que leurs héritages sont l'un et l'autre enclos, tandis que les fossés, qui, dans tous les cas, peuvent servir à l'écoulement des eaux, profitent tout aussi bien aux héritages non enclos qu'aux héritages enclos.

" S'il n'y a *titre* ou *marque du contraire*..." Ajoutons : ou possession annale et exclusive du fossé par l'un des riverains.

Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé. Le fossé est alors censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel se trouve le rejet. C'est qu'en effet, de deux choses l'une : ou la terre rejetée est utile, et alors, si le fossé eût appartenu aux deux riverains, aucun d'eux évidemment n'eût souffert que son coriverain s'attribuât exclusivement cet avantage ; ou elle est sans valeur aucune et constitue un embarras, et alors, si le fossé eût été commun, le riverain sur le côté duquel elle se trouve n'eût évidemment pas consenti à la recevoir seul.— Il est bien entendu, au reste, que, pour que le rejet d'un seul côté fasse cesser la présomption de mitoyenneté, il faut qu'il ait existé assez longtemps pour que l'autre voisin ait pu en être instruit et réclamer : autrement, rien ne serait plus facile à l'un des riverains que de se procurer, par un rejet fait à l'insu de son voisin, la présomption d'une propriété exclusive (*b*).

(*a*) Quand il s'agit d'enclos dans les champs.

(*b*) Les articles 524 et 525 se lisent comme suit

524. " Il y a marque de non-mitoyenneté, lorsque la levée ou le rejet

Remarquons, en outre, que la présomption de mitoyenneté n'a plus lieu lorsqu'il existe sur l'un des côtés du fossé, soit des bornes, soit une haie appartenant exclusivement ou par mitoyenneté à l'un des deux voisins. Dans l'un et l'autre cas, en effet, il n'est plus vrai de dire que le fossé se trouve *entre deux* héritages, puisqu'il existe tout entier *sur l'un d'eux seulement*. Il appartient alors exclusivement au propriétaire de l'héritage sur lequel il se trouve.

[[La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Roy & Martineau* (18 R. L., p. 381), que lorsqu'un voisin creuse un fossé de ligne qui existait déjà entre sa propriété et celle de son voisin, il ne crée pas une servitude légàle sur la terre du voisin, mais qu'il ne doit pas faire ce creusage sans l'autorisation municipale.]]

Le fossé qui est mitoyen doit être entretenu à frais communs (*a*).

L'un des riverains peut-il s'affranchir de cette obligation en renonçant à son droit de mitoyenneté ? La loi, qui accorde expressément cette faculté quant aux *murs mitoyens*, ne l'a pas reproduite relativement aux *fossés*. Quelques auteurs, s'armant du silence de la loi à cet égard, ont, par un argument *a contrario*, conclu à la négative sur notre question (1).

Mais l'affirmative est généralement suivie. Si, dit-on, chaque riverain est obligé de contribuer à l'entretien du fossé, ce n'est, en général, qu'en sa qualité de copropriétaire ; or, il est de droit commun que celui qui n'est tenu que *propter rem* et *occasione rei* peut s'affranchir de son obligation en abandonnant le droit qu'il a sur la chose à l'occasion de laquelle il est obligé.

Il est vrai que la loi n'accorde pas expressément cette faculté au copropriétaire d'un fossé ; mais son silence ne suffit pas pour exclure une faculté qui est de droit commun (2).

" de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

527. " Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté du-" quel le rejet se trouve."

Ces articles reproduisent textuellement les articles 667 et 668 du code Napoléon.

(1) Duc., Bonn. et Roust, t. 2, p. 205.

(2) Pothier n'en faisait pas de doute (*Du contrat de société*, n° 226).— La question est aujourd'hui tranchée [[en France]] par le nouvel art. 667 C. N.

(*a*) L'article 526, copie textuelle de l'article 669 du code Napoléon, est en ces termes :

526. " Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs."

Toutefois cette faculté d'abandon ne s'appliquerait pas :

1° Aux fossés qui servent de *bornes* (art. 504) ;

2° A ceux qui sont établis dans les localités où il existe des règlements qui obligent à les faire et à les entretenir dans l'intérêt de l'agriculture et de la salubrité publique. Dans ce cas, on ne pourrait s'affranchir de l'obligation d'entretenir le fossé qu'en renonçant à son héritage entier : car, tant que l'on conserve un héritage dans ces localités, le principe de l'obligation subsiste (1).

On s'est demandé enfin si le propriétaire d'un fossé peut être contraint, sur la demande de son voisin, à lui en céder la mitoyenneté.

Quelques personnes admettent l'affirmative : elles appliquent par analogie la disposition de l'article 518. Mais ici, ce me semble, l'analogie n'est plus permise. L'article 518, qui accorde au propriétaire joignant un mur le droit d'en acquérir la mitoyenneté, est un article d'exception ; or, *exceptiones strictissimæ interpretationis sunt* (2).

La loi n'ayant point réglé, ainsi qu'elle l'a fait pour les haies, pour les arbres et pour les vues (art. 528, 535, 538), l'espace qui doit être laissé entre l'héritage sur lequel est établi un fossé et l'héritage voisin, cette matière se trouve régie par le principe qu'un propriétaire ne peut pas faire sur son héritage des travaux qui pourraient dégrader l'héritage voisin. Celui qui établit un fossé sur son héritage doit donc l'établir de manière que le terrain voisin ne soit pas exposé à des éboulements. C'est une pure question d'expertise.

[[Le code municipal (art. 420 à 424) contient quelques dispositions relativement aux fossés de ligne. Il permet à tout propriétaire ou occupant d'exiger que son voisin fasse avec lui un fossé séparant leurs deux terrains. A cet effet, il fait venir l'inspecteur agraire qui, après examen des lieux et audition des parties, ordonne la construction des travaux nécessaires. Les services de cet inspecteur peuvent également être requis pour forcer un voisin de nettoyer ou réparer un fossé de ligne ou de contribuer au coût de ces travaux. Le tout est sous peine d'une action pour le coût des travaux et d'une amende.]]

---

(1) Ajoutez le cas où le fossé sert habituellement à l'écoulement des eaux : nouvel art. 667 C. N.

(2) Cette doctrine est consacrée par le nouvel article 668 C. N.

§ IV.—*De la mitoyenneté et de la non-mitoyenneté des haies.*

[[" Toute haie qui sépare des héritages," dit l'article 527, "est
" réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héri-
" tages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffi-
" sante au contraire (*a*).]]

Cette présomption de mitoyenneté cesse :

1° Lorsqu'un seul des héritages séparés par la haie est en *état de clôture.* Dans ce cas, la haie est réputée être la propriété exclusive du propriétaire de l'héritage clôturé : il est naturel de supposer qu'il l'a établie seul, puisque seul il a eu intérêt à l'établir.

Ainsi, entre deux héritages enclos, la haie qui les sépare est réputée mitoyenne.

Elle l'est encore entre deux héritages qui ne sont enclos ni l'un ni l'autre : alors, en effet, il n'y a pas plus de raison pour l'attribuer en toute propriété à l'un des deux voisins qu'à l'autre.

Elle ne l'est plus, au contraire, entre héritages dont l'un est enclos, tandis que l'autre ne l'est pas.

— Point de difficulté si les deux héritages sont également enclos de haies vives : celle qui les sépare est réputée mitoyenne. Mais que décider dans le cas où les clôtures sont de nature différente ? Soient deux héritages voisins dont l'un est clos par quatre haies vives et l'autre par une haie vive et par trois fossés ou par trois haies sèches : la haie vive qui sépare ces héritages est-elle réputée mitoyenne, même dans ce cas ?

Quelques auteurs tiennent pour la négative. Selon eux, la haie n'est réputée mitoyenne qu'autant que les héritages qu'elle sépare sont l'un et l'autre également enclos de *haies vives.* Dans le cas contraire, elle est réputée appartenir pour le tout au propriétaire de l'héritage qui a des haies vives sur ses quatre côtés. Tout, disent-ils, porte à croire que le propriétaire qui a enclos son héritage de haies vives des trois autres côtés, l'a également enclos du côté où se trouve la haie séparative des deux héritages, et qu'à l'inverse le voisin qui a jugé que des fossés ou des haies sèches lui suffisaient pour les autres côtés de son fonds, n'a point contribué à l'établissement de cette haie.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 670 du code Napoléon, ancien texte.

Cette solution me semble trop hardie ; je ne l'admettrais pas. L'article 527 y résiste énergiquement. La règle qu'il établit est, en effet, absolue : *toute haie*, y est-il dit, qui sépare des héritages *en état de clôture*, est réputée mitoyenne. On ne distingue point la nature des clôtures : il suffit que les héritages soient, d'une manière ou d'une autre, enclos tous les deux. La présomption de mitoyenneté n'a d'ailleurs, même dans l'espèce que nous étudions, rien que de très raisonnable : car les haies coûtent si peu à établir, qu'il est toujours naturel de supposer que chacun des propriétaires dont elles séparent les héritages a contribué à leur établissement.

Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que les deux fonds soient *réellement en état de clôture*. Si donc l'un d'eux avait, sur trois de ses côtés, des fossés trop étroits pour servir de clôture, la présomption de mitoyenneté alors n'aurait plus lieu.

J'ajoute qu'encore bien que les deux fonds fussent également enclos, la présomption de mitoyenneté devrait néanmoins être écartée, s'il existait des bornes non contestées, de l'un des côtés de la haie. Dans ce cas, en effet, les deux héritages, au lieu d'être séparés par la haie, le seraient par les bornes. La haie serait tout entière sur l'un des héritages, au propriétaire duquel elle serait, par conséquent, réputée appartenir pour le tout.

2° S'il existe un titre d'où l'on puisse tirer la preuve que la haie appartient exclusivement au propriétaire de l'un des deux fonds.

3° Lorsqu'il y a " *possession suffisante* au contraire.... " Posséder une haie, c'est faire sur elle des actes de maître, tels que la perception des fruits qu'elle produit, l'élagage des arbres qui s'y trouvent....

Lorsque ces actes sont également faits par l'un et l'autre voisin, ceux-ci possèdent la haie tous les deux, auquel cas la présomption de mitoyenneté subsiste dans toute sa force ; c'est une seconde preuve de mitoyenneté qui s'ajoute à la première.

Que si, au contraire, ils émanent de l'un des propriétaires seulement, celui-là seul possède la haie ; et alors, si sa *possession est suffisante à cet effet*, la présomption de mitoyenneté est écartée : la haie est réputée appartenir exclusivement au voisin qui l'a seul possédée.

Mais quand la possession est-elle *suffisante à cet effet ?* Suffit-il qu'elle ait duré un an, ou faut-il qu'elle ait continué

pendant tout le temps nécessaire pour la *prescription*, c'est-à-dire (en général) *pendant 30 ans ?* Ce point est délicat et fort controversé.

Suivant la jurisprudence, ce n'est qu'à la possession *trentenaire* qu'est attaché l'effet de faire tomber la présomption de mitoyenneté (1).

Suivant quelques auteurs, au contraire, la possession *annale* suffit.

Il faut, pour comprendre cette solution, connaître les effets que la loi attache à la possession. Celui qui possède une chose paisiblement, publiquement et à titre de propriétaire, est présumé en être réellement le propriétaire légitime. Mais la possession n'établit cette présomption à son profit qu'autant qu'elle s'est continuée avec ces caractères et sans interruption pendant un certain temps.

Si elle a duré au moins *un an*, la présomption est acquise : le possesseur est réputé être le véritable propriétaire de la chose qu'il a possédée. Cette présomption, il est vrai, peut être combattue et détruite par la preuve contraire ; mais, à défaut de cette preuve, la présomption de propriété reste acquise au possesseur.

Si elle a duré pendant tout le temps nécessaire pour la prescription (30 ans en général), la présomption de propriété qu'elle fait naître au profit du possesseur ne peut plus être combattue et détruite par nulle autre preuve, tant elle a acquis de force aux yeux de la loi. La possession alors a tout l'effet d'un titre, et elle en tient lieu (voy. l'explication des art. 2183 et 2192).

Tel est le droit commun en matière de propriété.

Pourquoi ne pas l'appliquer à la propriété *des haies ?* Par quelle raison si puissante refuserait-on à la possession annale un effet suffisant pour faire présumer la propriété *d'une haie*, alors qu'on lui reconnaît cette puissance, quant à la propriété des *fonds eux-mêmes ?* Notre article est-il donc assez explicite pour y trouver la justification d'une aussi choquante contradiction ? Mais il se borne à poser le principe qu'une *possession suffisante* peut faire tomber la présomption de mitoyenneté ! En évitant de dire quand et à quelles conditions elle est *suffisante à cet effet*, il est évident qu'il s'en réfère aux règles ordinaires qui régissent la possession.

(1) C'est du moins ce que la cour de cassation a jugé plusieurs fois. La cour de Bordeaux a jugé le contraire, par son arrêt du 5 mai 1858.

On fait une objection : « Si, dit-on, l'article 527 avait entendu parler de la possession *annale*, il resterait inexplicable. Lors, en effet, qu'il établit la présomption de mitoyenneté de la haie qui sépare les deux héritages, il se place évidemment dans l'hypothèse où la haie est possédée *par l'un des deux voisins* : car, s'ils la possédaient l'un et l'autre, la présomption qu'il établit serait inutile et sans objet, puisqu'elle résulterait déjà de cette possession commune. Ainsi, la loi suppose que la haie n'est possédée que par l'un des propriétaires voisins, et cependant, malgré cette possession, elle établit la présomption de mitoyenneté. Donc, la possession *annale* ne suffit pas pour la faire tomber ! Donc, cet effet n'est attribué qu'à la possession qui a duré assez de temps pour fonder la prescription ! »

Je réponds que l'article 527 ne se place pas, ainsi qu'on le dit, dans l'hypothèse où l'un des voisins possède seul la haie. Il suppose le cas où elle n'est possédée ni par l'un ni par l'autre des propriétaires voisins, ce qui est le cas le plus ordinaire ; car, dans la plupart des cas, les haies sont telles qu'il est difficile de faire sur elles des actes de maître assez rapprochés les uns des autres, et assez caractérisés, pour constituer une possession proprement dite.

Ainsi, en résumé, si la haie n'a été possédée ni par l'un ni par l'autre des deux voisins, et c'est le cas le plus fréquent, la haie est réputée mitoyenne.

S'ils l'ont possédée l'un et l'autre, la présomption de mitoyenneté, au lieu d'être détruite, est, au contraire, fortifiée et corroborée par cette possession commune.

Si elle n'a été possédée que par l'un d'eux seulement, et pendant *un an*, la présomption de mitoyenneté établie par notre article est alors détruite par la présomption plus forte résultant de cette possession. Cette présomption, née de la possession, pourra, il est vrai, être combattue par des preuves contraires ; mais, on ne pourra point la détruire en invoquant la présomption de mitoyenneté que notre article consacre.

Que si, enfin, cette possession a duré assez de temps pour fonder la prescription, la présomption qui en résulte est alors invincible, nulle preuve contraire n'est admise contre elle (1).

---

(1) Toull., t. 3, n° 229 ; Dur., t. 5, n° 370 ; MM. Val. et Bug., à leurs cours ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 670.—*Contrà*, MM. Duverg., *sur Toull.*, t. 3, n° 229 ; Pardessus, t. 2, n° 325 ; Aubry et Rau, t. 2, § 222, note 81 ; Marc., sur l'art. 670 ; Dem., t. 2, n° 507 *bis*, VI ; Demol., t. 11, n°s 340 et suiv. ; Laurent, t. 7, n° 581.

La même théorie est applicable aux *murs* et aux *fossés*. Nous n'avons

[[Je crois plus prudent de suivre sur cette question l'avis de la majorité des auteurs et de rejeter la solution que Mourlon semble préférer.]]

L'arbre qui se trouve dans une haie mitoyenne est, comme elle, mitoyen : ainsi, il appartient par indivis et par portions égales aux deux propriétaires de la haie. Peu importe que son tronc se trouve plus d'un côté que de l'autre, ou qu'il soit également sur chacun des deux héritages : la loi ne distingue pas. C'est donc par *portions égales* que les propriétaires de la haie doivent partager : 1° les fruits qu'il produit, lorsqu'il est sur pied ; 2° le bois qu'il donne, lorsqu'il est abattu (*a*).

Il en est différemment des arbres qui se trouvent situés sur la ligne séparative de deux fonds entre lesquels il n'existe point de haie mitoyenne : ils appartiennent alors à chacun des propriétaires des héritages sur lesquels ils sont situés, non plus par portions égales, mais *proportionnellement à la partie du tronc qui porte sur l'héritage de chacun d'eux*. Ce n'est, en effet, qu'*accessoirement* à leur héritage, et, par conséquent, que jusqu'à concurrence du terrain que les arbres y occupent, qu'ils en ont la propriété.

Il n'y a point à s'occuper des racines ; le tronc seul décide de tout. Ainsi, l'arbre dont le tronc se trouve pour deux tiers sur mon terrain et pour un tiers sur le vôtre nous appartient dans la même proportion.

Quoique les arbres qui se trouvent dans une haie mitoyenne soient mitoyens comme elle, et bien qu'en général la haie ne puisse être détruite que du consentement des deux propriétaires, chacun d'eux a le droit d'exiger qu'ils soient abattus : l'article 530 le dit en termes formels. Cette différence entre la haie et les arbres qui s'y trouvent s'explique naturellement. Les arbres que la haie contient peuvent, dans certains cas,

---

point, il est vrai, de texte formel qui nous autorise à decider ainsi ; mais le droit commun nous suffit. Il faudrait, en effet, une disposition spéciale pour l'exclure, et cette disposition n'existe pas. Si d'ailleurs la loi n'a point expressément appliqué aux murs et aux fossés, comme aux haies, les effets ordinaires de la possession, c'est que les questions de possession, qui sont fréquentes en matière de haies, sont beaucoup plus rares pour les fossés, et surtout pour les murs : son attention s'est exclusivement arrêtée sur le cas le plus ordinaire.

(*a*) L'article 530, copie textuelle de l'article 673 du code Napoléon, se lit comme suit : —

530. " Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens " comme la haie, et chacun des deux voisins a droit de requérir qu'ils " soient abattus."

être fort gênants pour l'agriculture : de là, le droit accordé à chacun des propriétaires de les faire abattre. La haie, au contraire, loin de nuire à l'agriculture, ne fait que la favoriser ; elle sert, d'ailleurs, de séparation et de limite aux héritages, et, par là, elle prévient les procès qu'engendrerait l'incertitude des propriétés. De là, l'obligation imposée aux voisins entre lesquels elle existe de la conserver, à moins qu'ils ne soient d'accord pour la supprimer.

Toutefois, si les fonds qu'elle sépare étaient situés *dans une* [[*cité ou*]] *ville*, chacun des deux propriétaires aurait le droit d'exiger qu'elle fût détruite et remplacée par un mur de clôture, conformément à l'article 520.

§ V. *De la distance à observer dans la plantation des arbres et des haies.*

Un propriétaire peut établir un *mur* ou une *haie sèche* sur la dernière limite de son héritage : la loi n'a, en effet, prescrit aucune distance à leur égard (*a*).

Elle ne dit point non plus à quelle distance un *fossé* peut être établi. Nous en avons conclu que le propriétaire qui le fait peut le placer où bon lui semble, pourvu qu'il le construise de telle manière qu'il ne dégrade pas l'héritage voisin.

Il n'en est point de même des *arbres* et des *haies* : leur établissement sur la dernière limite de l'héritage causerait au voisin un tort trop grave pour être toléré. La loi a donc, dans l'intérêt de l'agriculture, prescrit [[que ces plantations se feraient à une certaine distance de l'héritage du voisin, distance, cependant, que le code n'a pas précisée. " Aucun des voisins," dit l'article 528, " ne peut planter ou laisser croître des arbres " à haute tige ou autres auprès de la ligne séparative, qu'à " la distance prescrite par les règlements ou par les usages " constants et reconnus ; et à défaut de tels règlements et " usages, cette distance doit être déterminée d'après la nature " des arbres et leur situation, de manière à ne pas nuire au " voisin " (*b*).

(*a*) Il peut même, nous l'avons vu plus haut, asseoir son mur, partie sur son fonds et partie sur celui de son voisin, à la condition de ne pas prendre à ce dernier plus de neuf pouces de terrain.

(*b*) Cet article diffère de l'article 671 du code Napoléon (ancien texte), en ce que, à défaut de règlements actuellement existants ou d'usages constants et reconnus, cet article ne permet de planter des arbres à haute tige qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héri-

Donc la distance des plantations se réglera :

1° D'après les règlements ou usages constants, et, ajoutons-le, d'après la loi quand elle se prononce sur ce point (voy. les art. 417 à 419 du code municipal, *infra*, p. 115);

2° A défaut de ces règlements ou de cette loi, d'après la nature des arbres et leur situation, mais de manière à ne pas nuire au voisin.

On peut acquérir par l'effet d'un titre le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que celle qui est déterminée par la loi.

Mais peut-on acquérir ce droit par prescription ? Ainsi des arbres existent à la distance prohibée depuis plus de trente ans : le propriétaire des arbres peut-il les conserver malgré son voisin ?

Quelque formelle que fût la disposition de la coutume de Paris (art. 186), qui décrétait que nulle servitude ne peut s'acquérir sans titre, on peut affirmer que, même dans le ressort de cette coutume, le voisin qui avait, pendant plus de trente ans,

---

tages et d'autres arbres et des haies vives qu'à la distance d'un demi-mètre. Notre article, lorsqu'il n'y a pas de règlements ou usages, laisse déterminer cette distance d'après la nature des arbres et leur situation, de manière à ne pas nuire au voisin. C'est donc alors une question de fait abandonnée à l'arbitrage des tribunaux.

Du reste, les codificateurs s'en expriment ainsi qu'il suit dans leur rapport : "Cette déviation (entre notre article et l'article 671 du code Napo-" léon) a été particulièrement suggérée par le passage suivant de l'ancien " répertoire (Guyot), v° *arbres* (1er vol., p. 561): 'la coutume de Paris ne fixe " pas de distance pour planter un arbre de haute tige ou futaie vers l'hé-" ritage voisin, *cela dépend de la nature des arbres et de leur situation*.' " Desgodets (p. 386) exprime la même opinion, qu'il explique et soutient " par des raisons suffisantes. Certains arbres et certains arbrisseaux " requièrent plus d'espace que d'autres, et doivent en conséquence être " placés à une grande distance de la ligne, pour qu'ils ne s'étendent pas " chez le voisin. La qualité du terrain et l'usage qui en est fait, la situa-" tion du lieu, l'espèce de l'arbre et plusieurs autres circonstances, peu-" vent influer sur la fixation des distances et exiger qu'elle soit plus ou " moins considérable. Le principe qui doit guider dans tous les cas, est " 'qu'une plantation ne doit pas nuire au voisin' (1 Lepage, 227).

" C'est le principe qui était suivi dans le ressort du parlement de Paris, " ainsi que le prouvent plusieurs arrêts rapportés au Nouveau Dénizart, " tome 2, v° *arbre*, et au Répert. (Guyot), tome 1er, p. 561.

" Ainsi notre article reconnaît aux autorités municipales le droit de " faire, sur le sujet, des règlements particuliers qui feront loi dans leurs " juridictions respectives ; il reconnaît aussi l'effet des usages constants et " admis auxquels il ordonne de se conformer. Ce n'est qu'à défaut de " ces règlements et usages que l'on a recours aux règles énoncées, d'après " lesquelles les tribunaux doivent décider toutes les questions de l'espèce " qui leur sont soumises."

souffert l'existence d'un arbre auprès de la ligne séparative, perdait le droit de le faire supprimer (*a*).

La cour d'appel a suivi cette doctrine, en 1868, dans la cause de *Ferguson* & *Joseph* (12 L. C. J., p. 72) qui datait d'avant le code, jugeant que la prescription trentenaire s'applique aux arbres plantés sur l'héritage voisin, près de la clôture de division, mais qu'il en est autrement des branches et des racines des arbres (*b*). Le juge Caron, l'un des codificateurs, a rendu le jugement de la cour. Il explique qu'il pensait d'abord que cette prescription était inadmissible dans notre droit, mais il a dû se convaincre que, même dans le ressort du parlement de Paris, le voisin perdait le droit de se plaindre des arbres, s'il les souffrait près de la ligne commune pendant plus de trente ans. Adoptant donc l'ancienne jurisprudence sur ce point, il la justifie en disant que c'est au propriétaire de l'immeuble sur lequel est planté l'arbre qu'est imposée l'obligation de ne planter qu'à une distance fixée de la ligne commune, et que c'est en faveur de l'immeuble voisin que cette obligation est imposée au propriétaire de l'arbre. Il en conclut que cette défense constitue une servitude, le fonds servant étant celui où l'arbre est planté et le fonds dominant celui qui a le droit d'exiger sa suppression. Or on a toujours

---

(*a*) Ainsi Sébire et Carteret, *Répertoire*, v° *arbres*, art. I, n° 8, disent : "Sous le droit romain et sous les coutumes de Paris et d'Orléans, la "défense de planter des arbres à une distance plus rapprochée du fonds "voisin que la distance légale, constituait une servitude dont la posses- "sion pouvait s'acquérir par la prescription trentenaire."

Voy., au même effet :

Maleville, t. 2, p, 106 ;

Fournel, *Du voisinage*, t. 1er, p. 142 ;

Favard de Langlade, *Répertoire*, v° *sevitude*, sec. II, § V ;

Nouveau Denisart, v° *arbre*, art. I, § II, n° 1 ;

Guyot, *Répertoire*, v° *arbre ;* il rapporte deux arrêts du parlement de Provence dans le même sens.

Prost de Royer, *Répertoire*, v° *arbre*, t. 6. Il cite un arrêt conforme du parlement de Paris du 5 août 1606.

(*b*) La cour d'appel a également décidé que l'échenillage n'est pas obligatoire en ce pays.

Dans l'espèce, l'appelant demandait non seulement la suppression des arbres et des dommages, mais aussi que les branches qui s'étendaient sur sa propriété fussent coupées. Sa demande fut repoussée sur les deux chefs, Berthelot, J. (10 L. C. J., p. 333), mais la cour d'appel, tout en maintenant le jugement quant à la suppression des arbres et aux dommages, l'infirma sur le deuxième chef, jugeant que la prescription du droit de conserver l'arbre lui-même, ne donnait pas au propriétaire le droit de laisser les branches s'étendre sur le fonds voisin.

pu se libérer d'une servitude au moyen de la prescription trentenaire, ou le non-usage pendant trente ans (art. 562). Donc si le voisin néglige pendant trente ans d'exercer cette servitude en exigeant le découvert, le propriétaire de l'arbre en est libéré par la prescription.

Mais cette raison est-elle réellement fondée ?

Si nous ne consultions que l'endroit où se trouve l'article 528, dans la section I du chapitre II de ce titre, qui porte la rubrique " Des *servitudes* établies par la loi," nous pourrions peut-être prétendre que la défense faite au propriétaire de planter des arbres à une certaine distance du fonds voisin, constitue une servitude légale qui pèse sur le fonds de ce propriétaire. En effet, l'obligation de donner le découvert est rangée parmi les servitudes légales, et dans cet ordre d'idées, si cette obligation est réellement une servitude, le fonds du propriétaire des arbres est le débiteur de cette servitude, et lorsque le voisin, créancier de cette servitude, souffre ces arbres pendant trente ans sans demander leur suppression, on pourrait dire que la servitude active dont jouissait son fonds est éteinte par le non-usage (art. 562). Il s'ensuivrait que le propriétaire des arbres pourrait les conserver, car il se serait libéré de la servitude par la prescription extinctive.

Mais, toute la question est de savoir s'il y a réellement servitude dans l'espèce. Nous avons vu que les servitudes que la loi nomme naturelles et légales, ne sont pas véritablement des servitudes. Au contraire, elles ne sont que des limites ou restrictions que le législateur a apportées au droit de propriété. Ces limites ou restrictions, ne sont que l'état naturel de la propriété civile, et le fonds qui en est affecté ne subit pas une servitude—qui est une modification de la propriété, telle qu'elle est organisée par le code—mais jouit de sa pleine liberté, liberté réglée, il est vrai, mais liberté suivant l'ordre, et se trouve dans la condition normale de la propriété en général (*a*).

(*a*) *Supra*, pp. 12 et 13.

M. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique du droit civil—Les biens*, n° 818, parlant de ces obligations auxquelles le législateur donne le nom de servitude, dit : " Ce sont si peu des servitudes, qu'il est souvent impossible de dire quel est le fonds dominant et quel est le fonds servant. Elles semblent même être le contraire d'une servitude, car c'est précisément le fonds qui s'y trouverait soustrait par la volonté du propriétaire qui serait en état de servitude : tel serait le cas où le propriétaire d'un fonds aurait autorisé le propriétaire du fonds voisin à planter plus près que la distance légale." Voy. aussi le même passage dans son *Précis de droit civil*, n° 1425.

Il s'ensuit que le propriétaire ne peut acquérir le droit de faire des plantations plus près que la distance légale qu'à titre de servitude, puisque la jouissance de son droit, dans ses conditions normales, lui imposerait l'obligation de laisser un intervalle entre ses plantations et le fonds voisin. Il en est de même du droit de vue : celui qui établit des vues à la distance prohibée de la propriété du voisin, exerce un droit de servitude sur cette propriété. Donc, le fonds où se trouvent les plantations ou les vues est le fonds dominant, et celui du voisin qui subit ces plantations ou ces vues, est le fonds servant. Par conséquent, si le propriétaire des plantations peut les conserver par prescription, ce ne serait que par l'effet d'une prescription acquisitive (a).

Je crois donc, comme question de doctrine et de principe, que la raison donnée par le juge Caron n'est pas fondée (b). Or, c'est la seule raison qui puisse autoriser le sentiment des anciens auteurs et l'arrêt de la cour d'appel dans *Ferguson & Joseph*. Quelques vieux auteurs disaient, il est vrai, qu'après trente ans d'existence des arbres auprès de la ligne séparative, on doit présumer qu'ils y ont été plantés par suite d'une convention entre les voisins. Mais je ne crois pas qu'une telle présomption puisse être invoquée aujourd'hui. On prétend quelquefois que la prescription en général est fondée sur une présomption d'acquisition ou de paiement. Cette raison est cependant contestée, mais sans rechercher ici si une telle présomption peut être invoquée pour justifier la prescription, je puis dire que l'admettre en matière de servitude, c'est violer le principe de l'article 549 qui ne permet pas d'acquérir une servitude par prescription. Ainsi, j'ai joui, par la tolérance du voisin, et pendant trente ans, d'un passage sur son fonds. L'article 549 dit que cette possession ne me fera pas acquérir la servitude de passage. Assurément je ne puis écarter cette

---

J'ajoute que la servitude étant un démembrement de la propriété, il n'existerait pas un seul droit de propriété qui fût entier, s'il fallait regarder ces obligations ou ces restrictions au droit de propriété comme des servitudes. Le code n'aurait organisé le droit de propriété que pour décréter immédiatement que ce droit ne peut jamais exister dans son intégrité !

(a) C'est là l'opinion de la grande majorité des auteurs en France. Voy. Demolombe, t. 11, nos 499 et suiv. ; Laurent, t. 8, nos 11 et suiv.

(b) Je reconnais bien que cette raison était invoquée dans l'ancienne jurisprudence, mais elle est, je l'ai dit, rejetée par la plupart des auteurs dans le droit moderne.

disposition en invoquant la présomption d'une convention avec mon voisin pour l'établissement de ce passage (*a*) ! Les conventions doivent être prouvées, la tolérance ou le silence du voisin pendant trente ans ne remplace pas cette preuve. Si le voisin avait une action prescriptible, cette action est éteinte, mais c'est justement ce qu'il s'agit de démontrer.

S'il me faut donc exprimer une opinion, je rejetterais cette prescription, qui est véritablement une prescription acquisitive. Or, on ne peut acquérir une servitude par prescription (art. 549). On admet cette prescription en France, parce que les servitudes de cette nature peuvent s'acquérir ainsi sous le code Napoléon ; il est certain qu'on la repousserait si on n'avait que nos textes.

Mais, tout en exprimant cette opinion personnelle, je dois avouer que la tradition du droit ancien et l'autorité de la cour d'appel pourraient faire pencher la balance en sens contraire. La possibilité de la consécration de cette doctrine, fausse à mes yeux, par notre jurisprudence, m'oblige donc à aborder la question très controversée de savoir, si, en supposant que la prescription doit être admise, elle autorise le propriétaire des arbres à les remplacer quand ils périssent.]]

Le propriétaire qui, pendant trente ans, a possédé des arbres plantés à une distance moindre que la distance légale, n'a-t-il acquis que le droit de conserver *ces mêmes arbres* ? A-t-il, au contraire, acquis le droit d'*avoir*, à perpétuité, *des arbres* à cette distance ? En d'autres termes, s'il abat les arbres qu'il a possédés pendant trente ans, ou s'ils périssent de vieillesse, ou par accident, a-t-il ou non le droit d'en planter d'autres de la même espèce, à la même place et en même nombre ?

Suivant l'opinion générale, il n'a acquis que le droit de conserver ceux qu'il a possédés ; s'ils périssent, ou s'il les abat, il n'a point le droit de les remplacer par d'autres. On ne prescrit, en effet, que ce que l'on possède : *tantum præscriptum quantum possessum !* Or, dans l'espèce, quel droit le propriétaire des arbres a-t-il possédé ? Le droit d'avoir *tels* arbres plantés à une distance moindre que celle qui est déterminée par la loi. Il n'a rien possédé de plus : il n'a, par conséquent, acquis que le droit de *conserver les arbres qu'il a possédés*.

Qu'il conserve ceux qu'il a possédés, cela se conçoit : il n'y a, en effet, rien de déraisonnable à supposer que le voisin qui les

---

(*a*) On invoque quelquefois la possession pour déterminer le site d'un passage auquel une enclave a droit.

a soufferts pendant trente ans a tacitement renoncé au droit de les faire abattre. Rien, au contraire, ne fait présumer qu'il a entendu concéder à son voisin le droit d'avoir, à perpétuité, des arbres à distance prohibée. Un arbre, aujourd'hui, peut n'être pas ou n'être que très peu incommode; tandis que la succession indéfinie d'arbres plantés à la même place peut causer au voisin un préjudice considérable.

On insiste cependant et on dit : " La défense faite aux propriétaires de planter des arbres sur la dernière limite de leurs propriétés constitue une servitude légale ; toute servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans. Or, le voisin qui, pendant trente ans, a souffert les arbres qui ont été plantés trop près de son terrain, a par là même négligé d'exercer la servitude établie par la loi à son profit. Cette longue inaction de sa part a donc éteint son droit, et par suite affranchi le fonds voisin de la servitude passive qui pesait sur lui. Dès lors rien ne s'oppose plus à ce que le propriétaire du fonds devenu libre use à perpétuité de la liberté que la prescription lui a fait acquérir."

Cet argument aurait certainement beaucoup de force, s'il était vrai que la nécessité imposée au propriétaire de ne planter des arbres qu'à une certaine distance des fonds voisins, *constitue une véritable servitude* ; mais tout le monde reconnaît qu'il n'en est rien. Cette nécessité légale n'est rien autre chose qu'une limite *naturelle* du droit de propriété. Le propriétaire qui a fait un acte à l'encontre de la propriété ainsi réglée n'a donc pas pu se libérer d'une servitude qui, en réalité, n'existe pas (1).

---

(1) MM. Dur., t. 5, nº 391 ; Val. et Bug., à leurs cours ; Marc., sur l'art. 671 C. N. ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 672 ; Aubry et Rau, t. 2, § 197, note 20 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 1525.]] La jurisprudence est également en ce sens.

—Voici ce qu'on peut dire pour l'opinion contraire ; [[je ne reproduis que les arguments qui peuvent s'appliquer dans notre droit :]]

1º La loi, se plaçant au point de vue du droit naturel abstrait, a considéré la propriété comme un droit *absolu*, emportant pour le propriétaire la faculté de faire sur son terrain ce que bon lui semble ; à ce droit absolu elle a apporté des restrictions qu'elle qualifie de *servitudes*. Rien n'est plus faux, sans doute, que cette théorie ; mais là n'est pas la question. Il faut prendre la loi telle qu'elle est ; et, pour elle, à ses yeux, la nécessité de ne pas planter des arbres près de la propriété du voisin est une *véritable servitude*.

Toute servitude, *légale* ou autre, car la loi ne distingue pas, s'éteint par le non-usage pendant trente ans (art. 562). Dans l'espèce, le propriétaire du fonds servant a fait un acte contraire à la servitude, un acte qui, par

[[Comme j'ai exprimé l'avis que le droit de conserver les arbres ne peut s'acquérir par la prescription, j'admets sans peine le premier système qui me paraît restreindre cette prescription — s'il faut l'admettre — dans ses limites naturelles.

La *destination de père de famille* peut-elle autoriser le

---

sa nature, en suppose l'inexistence ; le propriétaire du fonds dominant a, pendant trente ans, respecté cet acte de protestation, il a négligé de se servir du droit de servitude dont il était armé : son droit est donc éteint. Autrement, il faudrait dire que la servitude légale dont nous nous occupons n'est point susceptible de s'éteindre par le non-usage ; mais alors on violerait ouvertement l'art. 562.

2° Mais, dira-t on peut-être, le propriétaire des plantations n'a pas pu se libérer entièrement, *complètement*, de la servitude légale dont était grevé son fonds, puisque l'acte qu'il a fait contre elle ne lui a porté qu'une atteinte *temporaire*, c'est-à-dire qui ne pouvait au plus durer que ce que durent les arbres qu'il a plantés.

Cet argument est plus spécieux que fondé. Un propriétaire est grevé de la servitude légale de n'avoir des arbres sur son fonds qu'à une certaine distance du fonds voisin : s'il veut s'en affranchir, que fera-t-il ? Un acte contraire à la servitude (art. 563). Or, par quel acte, si ce n'est par une plantation d'arbres placés à une distance autre que la distance légale, protestera-t-il contre l'existence de la servitude qui le grève ? Il a fait tout ce qu'il pouvait faire de plus contraire à la servitude, ce qui pouvait le mieux faire supposer son inexistence : donc son inexistence est acquise, lorsque les choses sont restées en cet état pendant trente ans, et sans protestation de la part du propriétaire du fonds dominant.

Il n'est pas exact de dire, d'ailleurs, que l'acte par lequel il a protesté contre l'existence de la servitude n'indique rien autre chose de sa part que la volonté d'avoir, *pendant un certain temps*, des arbres à la place où il les a plantés. Celui qui plante des arbres se propose, en effet, dans la plupart des cas, d'avoir, non pas seulement les arbres qu'il plante actuellement, mais un terrain, un parc, un jardin planté d'arbres. Or, celui qui établit un parc, un jardin, qui boise un terrain, n'entend assurément pas faire un acte temporaire.

Dans le système contraire, la servitude légale dont il s'agit ne serait susceptible d'être éteinte par le non-usage *que pour un certain temps* ; ce qui serait encore la violation de l'art. 562, qui consacre l'extinction totale, absolue, complète et perpétuelle, de toute servitude par le non-usage pendant trente ans.

3° La convention par laquelle un propriétaire céderait à son voisin le *droit de planter sur son terrain des arbres* à une distance moindre que la distance légale, serait évidemment entendue dans ce sens, que le cessionnaire pourrait faire *aujourd'hui et toujours* des plantations à la place indiquée ; or, la prescription fait précisément supposer que les arbres possédés par le propriétaire de l'héritage où ils sont, ont été plantés, à cette place, du consentement du propriétaire voisin !

—MM. Demante (t. 2, n° 527 *bis*, 1) et Demolombe (t. 11, n° 501) admettent le premier ou le second système, suivant qu'il s'agit d'arbres isolés ou d'arbres disposés en allée ou en avenue.—M. Laurent (t. 8, n° 13) professe, en termes généraux, le second système.

—Le nouvel art. 672 C. N. a consacré le premier système.

maintien d'arbres plantés à la distance prohibée ? La question était vivement controversée sous l'empire du code Napoléon avant la loi du 20 août 1881 qui, par le nouvel article 672, l'a tranchée affirmativement. Cette solution était d'ailleurs celle de la jurisprudence et de la majorité des auteurs (*a*). Je crois aussi qu'on doit l'accueillir dans notre droit. Le droit d'avoir des arbres à la distance prohibée est une véritable servitude. Or la destination du père de famille est un mode d'acquisition des servitudes. Elle vaut titre, on le sait, lorsqu'elle est par écrit et que la nature, l'étendue et la situation en sont spécifiées (art. 551). Dans ces conditions, il faut reconnaître à la destination de père de famille le même effet qu'à un titre, et autoriser le maintien des plantations, quand il y a preuve suffisante de cette destination (*b*).]]

Lorsque des arbres plantés à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi existent depuis moins de trente ans et sans titre, le propriétaire voisin peut exiger qu'ils soient abattus.

La loi ajoute : " celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut *contraindre celui-ci à couper ces branches.* — Si ce sont des racines qui avancent sur son héritage, il a le droit *de les couper lui-même*" (*c*).

Cette différence entre les *branches* et les *racines* s'explique

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 1525.

(*b*) Cependant, les termes de l'article 2116*a*, ajouté au code civil par le statut de Québec, 44-45 Vic., ch. 6, peuvent donner lieu à une raison de douter contre cette solution. En effet, cet article porte qu'à défaut d'enregistrement, nulle servitude réelle, contractuelle, discontinue et non apparente, n'a d'effet vis-à-vis des tiers-acquéreurs et créanciers subséquents dont les droits ont été enregistrés. Toutefois, cette disposition ne s'appliquerait qu'à une servitude qui est à la fois discontinue et non apparente, et c'est ainsi que le juge Casault l'a interprétée dans la cause de *Déroche* v. *Gagné* (17 Q. L. R., p. 1 ; 21 R. L., p. 67), jugeant que l'enregistrement n'est pas requis pour un droit de passage apparent, ce qui forme une servitude apparente quoique discontinue. L'arrêt de la cour de révision, à Montréal, dans la cause de *Mathews* v. *Brignon dit Lapierre* (M. L. R., 7 S. C., p. 425), me paraît être au même effet. Or la servitude qui résulte de la plantation d'arbres est certainement apparente. Donc, je ne crois pas que cette raison de douter doive prévaloir.

Mais si l'on accepte la doctrine que le fonds où la plantation se trouve est le fonds servant et que cette plantation ne constitue qu'un acte contraire à une servitude créée en faveur du fonds voisin, on peut bien douter que la destination de père de famille suffise pour créer, non une servitude active, mais une servitude passive. Je n'ai pas à examiner ce doute, car cette doctrine me parait à tous égards inadmissible.

(*c*) L'article 529, qui reproduit en substance la disposition de l'article 672 du code Napoléon (ancien texte), est en ces termes :

facilement. On n'a point voulu que le propriétaire qui souffre ces branches de son voisin pût les couper lui-même, parce qu'on a craint que, par malice ou par inattention, il ne déshonorât l'arbre, et qu'il ne les coupât au delà du point où elles doivent l'être. Quant aux racines, aucun de ces inconvénients n'était à craindre : on a donc pu, sans danger, lui accorder le droit de les couper lui-même. Ajoutons que la nécessité de s'adresser à son voisin pour les faire couper aurait pu amener des retards préjudiciables pour l'agriculture : car, dans la plupart des cas, c'est en labourant, en travaillant son champ, qu'on découvre les racines qui s'y trouvent.

La faculté de faire couper les branches des arbres du fonds voisin s'applique :

1° Aux arbres plantés à une distance prohibée [[même lorsqu'ils ont trente ans d'existence, s'il faut admettre alors que leur propriétaire a acquis par prescription le droit de les conserver ; c'est ce que la cour d'appel a jugé dans *Ferguson & Joseph*, *supra*, p. 102 (*a*) ;]]

2° Aux arbres plantés à la distance légale. C'est même en vue de ce cas que notre article a été fait : car, en ce qui touche les arbres plantés à une distance prohibée, le droit de les faire arracher emportait déjà, par *a fortiori*, le droit d'en faire couper les branches.

[[Mourlon enseigne que cette solution ne s'applique pas]] aux arbres plantés, *en vertu d'une convention expresse*, à une distance moindre que celle qui est déterminée par la loi : car, en concédant le droit de planter des arbres à cette distance, le propriétaire voisin a implicitement accepté d'avance les inconconvénients que ces arbres pourraient lui causer (1). [[Je

---

529. " Le voisin peut exiger que les arbres et haies qui sont en contra-" vention à l'article précédent soient arrachés.

" Celui sur la propriété duquel s'étendent les branches des arbres du " voisin, quoique situés à la distance voulue, peut contraindre ce dernier " à couper ces branches.

" Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les " couper lui-même."

(1) Proud., *Du domaine privé*, t. 2, n° 585 ; Dur., t. 4, n°s 396 et suiv.; M. Laurent, t. 8, n° 18.—*Contrà*, Pardessus, t. 1er, n° 196 ; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 672 ; Demol., t. 11, n° 507.

(*a*) Mourlon n'admettant pas cette solution quant aux arbres plantés depuis plus de trente ans à la distance prohibée, j'ai dû modifier son texte ; sa décision d'ailleurs est contraire à la doctrine de la plupart des auteurs (voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1525), consacrée aujourd'hui par le nouvel article 673 du code Napoléon, qui dit que le droit de couper les racines et de faire couper les branches est imprescriptible.

n'adopterais, cependant, cette solution, qu'au cas où la convention s'exprimerait expressément sur le droit du propriétaire de l'arbre de conserver les branches qui pourraient s'étendre sur le fonds voisin. En autorisant la plantation seule, le voisin n'a renoncé qu'à son droit de faire supprimer l'arbre lui-même, il a consenti à regarder cet arbre comme planté au-delà de la distance prohibée ; il a donc conservé, quant à cet arbre, le même droit qu'il possède à l'égard des arbres que le propriétaire a plantés à la distance voulue du fonds voisin. Comme Mourlon l'indique du reste dans sa note, sa décision est rejetée par des autorités imposantes, et nul n'étant présumé renoncer à son droit, je ne verrais pas, dans l'autorisation de faire la plantation, la renonciation à un droit qui ne dépend nullement du droit de faire supprimer cette plantation.]]

Lorsqu'un arbre a été planté à la distance légale, le voisin est obligé de le subir ; il peut néanmoins exiger que les branches qui avancent sur son terrain soient coupées. Mais le peut-il encore lorsque les branches avancent sur son terrain depuis trente ans ? [[Peut-il également couper des racines qui existent sur son fonds depuis le mêms espace de temps ?]]

Suivant l'opinion générale, il le peut toujours. Un propriétaire ne peut pas, dit-on, acquérir par prescription le droit d'avoir des branches sur son voisin : car, leur accroissement étant *successif*, il serait impossible de déterminer à quel moment précis naîtrait pour le voisin le droit de se plaindre, et où commencerait, par conséquent, la prescription (1). [[D'ailleurs, les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription (art. 2196). Cette solution est d'autant plus certaine dans notre droit que notre code, à la différence du code Napoléon, porte que nulle servitude ne peut s'établir sans titre, et que la possession, même immémoriale, ne suffit pas à cet effet (art. 549). Les dissidences, peu nombreuses d'ailleurs (*a*), que l'on trouve dans la doctrine française, se basent sur la faculté que le code Napoléon reconnaît d'acquérir une servitude par prescription ; elles ne peuvent donc avoir aucun poids dans notre droit. Le principe énoncé par le nouvel article 673 du code Napoléon que " le

(1) Proud., *Des droits d'us.*, t. 2, n° 562, et *Du dom. privé*, t. 2, n°s 381 et suiv. ; Dur., t. 5, n° 398 ; Bug., à son cours ; MM. Aubry et Rau, t. 2, § 197, note 27 ; Marc., sur l'art. 672 : Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Dem., t. 2, n° 527 *bis*, I ; Demol., t. 11, n° 509.

(*a*) Delv., sur l'article 672 ; M. Val., à son cours ; M. Laurent, t. 8, n° 20. J'emprunte cette note à Mourlon.

" droit de couper les racines ou de faire couper les branches " est imprescriptible " me paraît rigoureusement exact. Ce droit ne saurait être affecté que par une convention contraire expresse.]]

Les fruits pendants aux branches qui s'avancent sur le terrain d'un voisin appartiennent au propriétaire de l'arbre. Mais le voisin est-il obligé de le laisser passer sur son héritage pour venir les récolter ?

La plupart des auteurs admettent l'affirmative. Qui veut la fin veut les moyens, disent-ils. En tolérant sur son terrain des branches fruitières, il consent par là même à ce que le propriétaire de l'arbre vienne chez lui cueillir ses fruits.

[[Mourlon trouve cette décision arbitraire.]] Le droit de propriété est sacré; chacun est maître chez soi. Qu'on ne dise pas que le voisin qui n'use point du droit de faire couper les branches qui s'avancent sur son terrain autorise par là même le propriétaire de l'arbre à venir chez lui en recueillir les fruits ! car autre chose est de souffrir l'ombre que les branches projettent sur notre héritage, autre chose est d'y souffrir la présence d'un étranger.

Mais, bien entendu, le propriétaire de l'arbre pourra revendiquer les fruits tombés sur le sol de son voisin, qui sera alors forcé de les laisser enlever ou, s'il le préfère, de les enlever lui-même et d'en faire la restitution (1).

[[Cette question de la propriété des fruits pendants aux branches qui avancent sur le fonds voisin, de la propriété des fruits qui tombent naturellement de ces branches et du droit du propriétaire de l'arbre de pénétrer sur le fonds voisin pour recueillir ces fruits, — est l'une des questions les plus controversées du droit tant ancien que moderne. Je dirai un mot sur chacune de ces trois questions.

Propriété des fruits pendants aux branches qui avancent sur le fonds voisin.—Ces fruits sont des accessoires de l'arbre, ils appartiennent donc au propriétaire de cet arbre (art. 409-410). Ce principe ne me paraît pas douteux. On l'a pourtant contesté dans le droit ancien. Ainsi Desgodets, *Lois des bâtiments*, sur l'art. 210 de la coutume de Paris, nº 20, p. 321, et les auteurs du *Nouveau Denisart*, vº *arbre*. art. 1, § II, nº 2,

(1) Selon M. Laurent (t. 8, nºs 22 à 24), il n'y a d'autre solution qu'une action judiciaire : le voisin sera sommé de cueillir les fruits lui-même ou de les laisser cueillir.—Le nouvel art. 673 du code Napoléon décide que les fruits tombés naturellement appartiennent au voisin.

accordent ces fruits en entier au propriétaire du fonds voisin (*a*) Guyot, *Répert.*, v° *arbre*, nous dit que "dans la coutume de " Paris, l'usage est d'accorder le fruit des branches à celui qui " est propriétaire de l'héritage sur lequel elles pendent ", mais ailleurs, dans le même article, il se prononce pour le partage égal des fruits. D'après Coquille, *quest.* 274, Bannelier sur Davot, t. 2, p. 185, on les attribuait, dans certains pays, pour moitié au voisin à titre d'indemnité pour le dommage que l'ombrage lui causait. On peut citer au même effet, Basnage, sur l'art. 608 de la coutume de Normandie, et quelques coutumes locales rapportées par Fournel, *Voisinage*, t. 1er, p. 134. Goupy, *loc. cit.*, approuvé en cela par Lepage, *Nouveau Desgodets*, p. 232, reconnaît le droit de propriété du propriétaire de l'arbre, et telle, sauf quelques dissidences, est la doctrine du droit moderne en France (*b*). Cette solution me semble tellement conforme aux principes, que je ne vois pas comment on la repousserait, malgré qu'elle ait contre elle, jusqu'à un certain point, la tradition du droit ancien. A tout événement, le partage des fruits est arbitraire et ne repose sur aucune raison juridique.

Propriété des fruits qui tombent naturellement sur le fonds voisin. — D'après le droit romain, le propriétaire de l'arbre avait un delai de trois jours pour aller recueillir ces fruits chez le voisin ; ce délai passé, il était présumé les abandonner (*c*), et Lepage, p. 233, adopte cette disposition lorsqu'il n'y a ni lois ni règlements ou coutumes locales (*d*). Dans l'ancien droit, Fournel, p. 135, accordait ces fruits, en entier, au propriétaire du fonds sur lequel elles tombent ; et, dans le même sens, je puis citer, Dalloz, Répertoire, v° *servitude*, n° 679 ; Delvincourt, t. 1er, p. 406 ; Duranton, t. 5, p. 441, n° 400 ; et le nouvel article

---

(*a*) Cette solution est repoussée par Goupy dans sa note au passage de Desgodets que j'ai indiqué plus haut.

(*b*) Voy. Rolland de Villargues, v° *arbre*, n° 67 ; Toullier, t. 3, n° 517 ; Demolombe, t. 11, n° 513 ; Laurent, t. 8, n° 22 ; Boileux sur l'art. 672 C. N. ; Marcadé sur le même article.

On décide, en France, que les anciennes coutumes locales ont été abrogées par la loi du 30 ventôse an XII, art. 7, qui a mis en vigueur le code Napoléon. Lepage, p. 233, au contraire, enseigne qu'on doit les observer encore, dans les endroits où ces coutumes avaient force de loi.

(*c*) Voy. textes cités par Fournel, t. 1er, 133, et Demolombe, t. 11, n° 513.

(*d*) Pourtant, Fournel, p. 133, témoigne qu'elle n'était pas suivie en France.

673 du code Napoléon (*a*). Le contraire est enseigné par la plupart des auteurs (*b*).

D'après la rigueur des principes, je crois qu'on doit adopter la même solution, car le fait que le fruit est tombé ne doit pas en faire présumer l'abandon. D'un autre côté, le voisin n'est pas tenu de souffrir que ces fruits pourrissent chez lui, et il peut forcer le propriétaire de l'arbre à les enlever (*c*).

Droit du propriétaire de l'arbre de pénétrer sur le fonds voisin pour y cueillir ces fruits. — Ce droit était reconnu dans le droit romain, pendant le délai qu'on donnait au propriétaire pour recueillir les fruits qui tombaient naturellement des branches. Il en était de même dans le droit ancien, dans les endroits où le partage des fruits était admis (*d*). Dans le droit moderne, en France, les opinions sont partagées, mais la plupart des auteurs reconnaissent ce droit, soit à titre de servitude légale, soit à cause d'un consentement tacite qu'on déduit de la tolérance des branches. On trouvera les opinions pour et contre dans Dalloz, v° *servitude*, n° 678, et dans Sirey et Gilbert, sur l'art. 673 C. N., n° 13 (*e*). Je crois qu'il est plus raisonnable de permettre au propriétaire de faire la cueillette, après avis préalable, et sauf indemnité s'il cause des dommages, car autrement les fruits périraient sans profit pour personne. C'est ce qu'on enseignait dans l'ancien droit. En France, depuis la modification que l'on a fait subir au code Napoléon, l'on tourne assez facilement la difficulté. Le voisin attend que la nature fasse tomber les fruits, et alors ces fruits lui appartiennent. Mais, dans notre droit, tel que je l'envisage, cette circonstance n'affecte pas la propriété des fruits. Il faut choisir entre la perte inutile de ces fruits et la faculté

(*a*) Cette innovation est critiquée : voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1527.

(*b*) Voy. notamment Toullier, t. 3, n° 517 ; Laurent, t. 8, n° 22 ; Pardessus, *Servitudes*, t. 1er, n° 196 ; Boileux sur l'art. 672 C. N. ; Marcadé sur le même article.

(*c*) Toullier, t. 3, n° 517, dit que le propriétaire de l'arbre sera censé avoir abandonné les fruits tombés, s'il ne les ramasse pas dans les trois jours que lui donnait le droit romain. Voy. cependant la note (*c*) de Duvergier qui paraît contester cette déchéance. Mais on s'accorde à dire que ces fruits doivent être ramassés promptement. Boileux, sur l'article 672, enseigne que le voisin peut réclamer une indemnité si la chute des fruits lui cause quelque préjudice.

(*d*) Coutume de Sedan, ch. 19, art. 12.

(*e*) Voy. aussi les autorités citées *supra*.

qu'il est raisonnable d'accorder au propriétaire de l'arbre de les cueillir lui-même. La plupart des auteurs n'ont pas hésité à admettre cette faculté. Voy., à l'art. 428, une solution semblable, quant aux essaims d'abeilles (*a*).

Dans la cause de *Bain* v. *Monteith* (R. J. Q., 2 C. S., p. 337), le juge Gill a jugé qu'un propriétaire ne peut, sans en obtenir l'autorisation, abattre des arbres et arbrisseaux qui croissent sur le fonds du voisin, sur la ligne de séparation des héritages, pour le motif que ces arbres et arbrisseaux nuisent au nettoyage du fossé mitoyen, surtout lorsqu'il est démontré que le fossé aurait pu se nettoyer sans enlever ces arbres et arbrisseaux.

Notre code contient un article qui manque dans le code Napoléon et qui est basé, disent les codificateurs, sur nos anciennes ordonnances et sur plusieurs lois provinciales. Cet article a pour but de pourvoir au cas où un terrain en état de culture est adjacent à un terrain qui n'est pas défriché. Il se lit comme suit :

Art. 531. " Tout propriétaire ou occupant d'un terrain en " état de culture, adjacent à un qui n'est pas défriché, peut " contraindre le propriétaire ou occupant de ce dernier à faire " abattre le long de la ligne séparative tous les arbres qui sont " de nature à nuire à l'héritage cultivé, et ce sur toute la longueur, et sur la largeur, en la manière et au temps déterminé par la loi, par les règlements qui en ont force ou par " les usages constants et reconnus.

" Sont cependant exceptés ceux de ces arbres qui peuvent " être conservés dans et auprès de la ligne, avec ou sans " retranchement des branches et des racines, d'après les trois " articles précédents.

" Sont également exceptés les arbres fruitiers, les érables et " les planes, lesquels peuvent être conservés dans tous les cas " auprès ou le long de la ligne, mais sont sujets au même " retranchement.

" L'amende pour contravention n'exempte pas de la condamnation à donner le découvert prononcée par un tribunal

---

(*a*) Delvincourt, t. 1er, p. 406, ne permet au propriétaire d'aller cueillir les fruits sur le fonds voisin que lorsque ce fonds n'est pas clos, mais cette distinction est universellement rejetée.

Voy. le sentiment de Laurent, cité *supra*, p. 111, note (1).

Voy. aussi les *Pandectes Françaises*, vº *arbres-arbustes*, nos 238 et suiv., où le droit de passage est refusé.

" compétent, ni des dommages actuellement encourus depuis " la mise en demeure" (*a*).

Cet article prend sa source dans l'article 17 du chapitre 26 des statuts refondus pour le Bas-Canada, lequel est abrogé et remplacé par les articles 417 à 419 du code municipal. Ces dernières dispositions complètent l'article 531 du code civil. Elles portent que l'inspecteur agraire, à la réquisition écrite ou verbale de tout propriétaire ou occupant d'un terrain cultivé qui demande du découvert à son voisin, en vertu de l'article 531 du code civil, doit se rendre à l'endroit où tel découvert est requis, après en avoir donné un avis spécial par écrit de huit jours aux parties intéressées. Après l'examen des lieux, et sur la preuve que tel découvert est nécessaire et a été demandé par un avis spécial et signifié avant le premier jour du mois de décembre précédent, il enjoint, par un ordre écrit, de faire abattre, dans les trente jours suivants, sur une étendue de quinze pieds de largeur sur toute la ligne de séparation, le long du terrain cultivé, tous les arbrisseaux qui sont de nature à nuire et tous les arbres s'y trouvant qui projettent de l'ombre sur le terrain cultivé, sauf ceux exceptés par la loi ou conservés pour l'embellissement de la propriété (art. 417 C. M.). Quiconque refuse ou néglige d'obéir aux ordres de l'inspecteur agraire relativement au découvert, encourt, sans préjudice à l'exécution de ces ordres, une pénalité n'excédant pas deux piastres pour chaque arpent de découvert en longueur, pour la première année, et pour toute année subséquente une pénalité égale au double de celle de l'année précédente, outre les dommages causés au terrain cultivé (art. 418 C. M.). Les dommages résultant du refus ou de la négligence de donner le découvert, tel que requis par l'inspecteur agraire, sont constatés par trois experts nommés comme suit : un par chacune des parties intéressées, et le troisième par les deux experts déjà nommés. Si l'une des parties refuse de nommer son expert, il est nommé par un juge de paix sur demande de l'autre partie (art. 419 C. M.).

Il me paraît clair que ce mode d'évaluation des dommages n'exclut pas celui de l'établissement de ces dommages devant un tribunal compétent suivant la procédure ordinaire (voy. *supra*, p. 28, quant aux travaux sur un cours d'eau).

(*a*) Cet article a l'effet de limiter quelque peu l'application des articles 528 et 529. Il en est de même des articles 417 à 419 du code municipal cités plus bas.

SECTION II. — DE LA DISTANCE ET DES OUVRAGES INTERMÉDIAIRES POUR CERTAINES CONSTRUCTIONS.

" Les dispositions suivantes," dit l'article 532, " sont établies " pour les cités et villes *incorporées* :

1° " Celui qui veut avoir puits auprès du mur mitoyen ou " propre au voisin, doit y faire en maçonnerie un contre- " mur d'un pied d'épaisseur.

2° " Celui qui veut avoir fosse d'aisances auprès des murs, " doit y faire un contre-mur de même nature de quinze pouces " d'épaisseur.

" Si cependant il y a déjà un puits vis-à-vis sur l'héritage " voisin, l'épaisseur doit être de vingt-et-un pouces.

3° " L'on n'est plus obligé de faire ce contre-mur lorsque ce " puits ou la fosse d aisances est éloigné du mur à la distance " fixée par les règlements municipaux et par des usages cons- " tants et reconnus. S'il n'existe pas de tels règlements ou " usages, cette distance est de trois pieds.

4° " Celui qui veut avoir cheminée ou âtre, écurie ou étable, " dépôt de sel ou d'autres matières corrosives, auprès du " mur mitoyen ou propre au voisin, y exhausser le sol ou y " faire amonceler terres jectisses, est tenu d'y faire un contre- " mur ou autres travaux suffisants déterminés par les règle- " ments municipaux, les usages constants ou reconnus, et à " défaut, par les tribunaux dans chaque cas.

5° " Celui qui veut avoir four, forge ou fourneau, doit laisser " un espace vide de six pouces entre son propre mur et le mur " mitoyen ou propre au voisin."

Si l'article 528 manque de précision par son renvoi, pour la distance des plantations, aux règlements ou aux usages constants et reconnus, et à défaut de ces règlements et usages, aux circonstances de chaque espèce, on ne saurait faire le même reproche à notre article. Par contre, le code Napoléon, très précis dans le cas des plantations, est vague lorsqu'il s'agit des travaux dont il est question dans cette section, et se contente de dire qu'on devra laisser, entre ces travaux et le mur voisin, la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages pour éviter de nuire au voisin. Notre article diffère encore de l'article 674 du code Napoléon en ce qu'il mentionne, outre les travaux que ce dernier article énumère, l'exhaussement du sol et les amas de terres jectisses, et que

notre article parle du "mur *mitoyen* et du mur *propre au voisin*," tandis que l'article 674 se sert des mots "mur mitoyen ou non," ce qui n'est pas tout à fait la même chose. En effet, le mur du constructeur pourra être compris dans l'expression du code Napoléon, mais il paraît exclu par celle de notre code.

Notre article est fondé sur les dispositions des articles 188 à 192 de la coutume de Paris, mais il a innové en prescrivant les distances qui doivent séparer les fosses d'aisances des murs. Le paragraphe troisième et le renvoi aux règlements municipaux, aux usages constants et reconnus, ou à défaut de ces règlements ou usages, à l'arbitrage des tribunaux, sont également indiqués comme étant de droit nouveau. Sous l'empire de la coutume de Paris, le contre-mur devait avoir huit pouces dans le cas d'une étable (art. 188), six pouces pour une cheminée ou un âtre (art. 189), un pied de mur et un pied de vide pour une forge, un four ou fourneau (art. 190), un pied dans le cas de fosses d'aisances, ou quatre pieds compris l'épaisseur du mur lui-même s'il y avait un puits vis-à-vis (art. 191), enfin, pour des amas de terres jectisses, un pied (art. 192). Entre deux puits — ce cas n'est pas mentionné par notre article — on exigeait que le mur eût trois pieds d'épaisseur (art. 191). Il n'était question, dans ces articles de la coutume de Paris, que du mur mitoyen, et Ferrière (sur l'article 188 de la coutume) enseignait que si le mur n'était pas mitoyen, le voisin ne pouvait construire une étable contre ce mur quoiqu'il voulût y faire un contre-mur, par la raison qu'il ne pouvait pas se servir d'un mur où il n'avait aucun droit de propriété.

Comme je l'ai dit, notre article mentionne deux espèces de murs, le mur mitoyen et le mur propre au voisin, et l'on peut faire les travaux dont parle l'article 532 contre tout mur de ce genre, à la charge de construire les contre-murs prescrits. Le code Napoléon parle d'un "mur mitoyen ou non." Devons-nous en conclure que l'on pourra faire ces travaux contre un mur dont on est seul propriétaire ? On répond à cette question, en France, par une distinction.]]

Ces mesures sont, en effet, prescrites, ou *dans un intérêt d'utilité publique*, pour prévenir les incendies et autres événements nuisibles à la société (telles sont celles qui sont relatives aux âtres, fours et fourneaux...), ou *dans un intérêt purement privé*, pour empêcher la dégradation du mur près duquel les travaux sont faits.

Les premières s'appliquent *alors même que le constructeur est exclusivement propriétaire du mur près duquel il établit*

ses travaux. Les secondes ne sont obligatoires qu'au cas où il s'agit d'un *mur mitoyen* ou *appartenant à autrui*. Pourvu qu'il ne compromette point la sécurité publique, celui qui a la propriété exclusive d'un mur peut faire contre ce mur, et sans aucune précaution, tous les travaux que bon lui semble. Son intérêt particulier est entièrement laissé à sa discrétion.

[[Je crois qu'on pourra accueillir cette décision ici. Le propriétaire ne doit pas se servir de sa chose de manière à compromettre la sécurité publique L'ordre public est la limite du droit privé (art. 13, 406, 990, arg. d'anal.). Du reste, ces matières sont minutieusement réglementées par des ordonnances municipales.]]

Notre article n'est qu'énonciatif dans l'énumération des travaux ou amas qu'il prend soin de régler. On l'applique donc, par analogie de motifs, aux cas qu'il ne prévoit point, mais qui sont identiques ou analogues à l'un ou l'autre de ceux qu'il énumère.

Au reste, alors même que les distances ou que les précautions prescrites ont été observées, le propriétaire voisin conserve néanmoins le droit de se plaindre, si, en fait, ces distances ou précautions ont été impuissantes à prévenir le dommage qu'elles ont pour but d'empêcher. Il peut alors réclamer la réparation du dommage qu'il a déjà souffert, et forcer le constructeur à prendre de nouvelles mesures pour prévenir tout danger ultérieur.

Le propriétaire qui a fait des constructions nuisibles, sans observer les distances ou les précautions prescrites par la loi, acquiert, *après trente ans de possession*, le droit de les conserver en l'état où elles sont, et quoiqu'elles blessent l'*intérêt privé* du voisin : il y a alors droit acquis par prescription (*a*). Mais il n'en est pas de même des travaux qui pourraient être nuisibles à la société : on ne prescrit point contre ce qui est d'ordre public.

[[Dans la cause de *Beaudry* & *Roy* (2 L. C. L. J., p. 20), la cour d'appel a condamné un propriétaire qui avait bâti, contre un mur mitoyen, des fosses d'aisances dont les matières fécales avaient filtré à travers le mur et répandu une odeur désagréable chez le voisin, à réparer ce mur et à payer des dommages.]]

(*a*) Si on regarde ces constructions comme des servitudes, cette rélution devrait être rejetée par application de l'art. 549.

SECTION III.—DES VUES SUR LA PROPRIÉTÉ DU VOISIN.

Observations.—On distingue, en droit, deux principales sortes de vues, savoir :

1° Les jours à *verre dormant*, c'est-à-dire à verre incrusté dans un châssis *qui ne s'ouvre point ;*

2° Les jours *libres* ou à *fenêtres ouvrantes.*

Les vues *libres* se subdivisent à leur tour : elles sont *droites* ou *obliques.*

Les vues *droites* sont celles qui s'exercent par des ouvertures établies dans un mur *parallèle* (ou à peu près) à la ligne de séparation des deux héritages.

Les vues *obliques* sont celles qui s'exercent par des ouvertures pratiquées dans un mur qui est *perpendiculaire* (ou à peu près) à la ligne séparative des deux fonds.

Dans le premier cas, l'observateur peut voir, sans changer de place, le fonds de son voisin ; dans le second, il est obligé de se tourner de côté pour l'apercevoir.

Les jours *libres*, ou à fenêtres ouvrantes, sont, pour le voisin qui les subit, plus incommodes que les jours *à verre dormant.* En le livrant à l'espionnage incessant et à la curiosité indiscrète des habitants de la maison où ils sont établis, les premiers l'inquiètent et le gênent dans la liberté de ses actions et de ses moindres mouvements ; ils l'exposent en outre à recevoir sur son fonds les résidus ou immondices que les voisins peuvent jeter par leurs fenêtres.

Les seconds ne présentent que le premier de ces deux inconvénients.

Les vues *libres* elles-mêmes n'ont pas toutes le même degré d'incommodité. Celles qui sont *droites* sont plus gênantes, plus dures à supporter que les vues *obliques.* Les vues sont, en effet, d'autant plus incommodes pour le voisin qui les subit qu'elles sont plus commodes et plus faciles pour celui qui les exerce ; or, la vue droite est assurément plus agréable, plus facile, que la vue oblique. On regarde sans cesse en face de soi ; ce n'est, au contraire, que par accident, et exceptionnellement, qu'on use des vues de côté.

La loi, voulant prévenir ou au moins paralyser, autant que possible, les inconvénients que je viens de signaler, a établi certaines prescriptions ; et, comme il y a des degrés dans les inconvénients qu'elle a voulu prévenir ou paralyser, il y a aussi des degrés dans la rigueur de ses dispositions. Tout l'esprit de la loi est là.

Nous aurons, pour l'application des règles qu'elle nous donne sur cette matière, à distinguer :

1° Les murs mitoyens ;

2° Les murs non mitoyens.

Ceux-ci se subdiviseront, à leur tour, en murs *qui joignent* et murs *qui ne joignent pas* immédiatement l'héritage du voisin.

I. **Du mur mitoyen.**—Lorsqu'une chose appartient en commun à deux personnes, aucune d'elles ne peut, de sa propre autorité, la modifier et en changer l'état. La volonté de celui des deux propriétaires qui désire la conserver en l'état où elle se trouve l'emporte sur la volonté de celui qui veut innover : *In re communi potior est causa prohibentis.* De là la règle suivante :

" L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, " pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, " en quelque manière que ce soit, même *à verre dormant*" (art. 533) (*a*). Ce serait, en effet, innover et faire servir le mur à un autre usage que celui auquel il est destiné que d'y percer des jours : car, ainsi que le dit Pothier, les murs mitoyens sont uniquement faits pour s'enclore et pour qu'on y appuie ce qu'on juge à propos d'y appuyer (1).

II. **Du mur non mitoyen.**—Le propriétaire de ce mur a le droit d'y pratiquer des jours ; mais de quelle nature peuvent être ces jours ? Peuvent-ils être *libres*, ou doivent-ils être *à verre dormant ?* La loi distingue.

Il peut toujours, c'est-à-dire, alors même que son mur *joint immédiatement l'héritage voisin*, y pratiquer des jours *à verre dormant.*

Ces jours doivent être garnis d'un treillis de fer, à mailles [[de quatre pouces]] d'ouverture au plus.

[[C'est du reste ce que porte l'article 534 en ces termes :

534. " Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immé-" diatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur " des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant ; c'est-à-" dire que ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer " dont les mailles n'ont que quatre pouces au plus d'ouverture,

---

(1) *Traité du Contrat de société*, n° 218.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 675 du code Napoléon.

" et d'un châssis scellé en plâtre ou autrement de manière à
" ce qu'il ne puisse être ouvert" (*a*).

" Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à *neuf* " *pieds* au-dessus du plancher ou sol de la chambre que l'on " veut éclairer si c'est au rez-de-chaussée ; et à *sept pieds* " du plancher pour les étages supérieurs" (art.535) (*b*).]]

A verre dormant et avec un grillage de fer..., afin que le propriétaire du mur ne puisse ni s'introduire ni rien jeter chez le voisin.

A une certaine hauteur dans le mur de la pièce qu'ils éclairent, afin qu'il ne puisse pas se procurer sur l'héritage de son voisin une vue trop facile.

[[Dans la cause de *Cadorette* v. *St-Germain* (R. J. Q., 4 C. S., p. 136), la cour de révision, à Montréal, a jugé que des fenêtres pratiquées dans un mur non-mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, doivent être garnies de châssis scellés et qu'il ne suffirait pas que ces châssis fussent tout simplement cloués.]]

— En ce qui concerne les vues *libres*, il ne peut en établir qu'autant qu'il existe une certaine distance entre son mur et l'héritage voisin ; cette distance doit être de *six pieds* pour les vues *droites*, et de *deux pieds* seulement pour les vues *obliques*. Elle se compte :

Quant aux vues *droites*, depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcon ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure, jusqu'à la ligne de séparation des deux héritages ;

Quant aux vues *obliques*, depuis le bord de la fenêtre le plus rapproché jusqu'à la ligne séparative.

Lorsqu'il existe un balcon à l'extérieur du mur, la vue étant droite et sur le fonds qui est en face et sur les deux fonds de côté, il faut alors, entre chacun de ces trois héritages et la ligne extérieure du balcon, une distance de six pieds (*c*).

(*a*) Cet article reproduit la substance de l'article 676 du code Napoléon, sauf que ce dernier article fixe la limite d'ouverture des mailles à un centimètre (environ trois pouces, huit lignes),et qu'il n'y est pas question du scellement du châssis en plâtre ou autrement, de manière qu'il ne puisse être ouvert.

(*b*) C'est la copie presque textuelle de l'article 677 du code Napoléon, sauf que ce code permet d'établir ces fenêtres à *huit pieds* du plancher au rez-de-chaussée et à *six* pieds dans les étages supérieurs.

On décide en France que ces dispositions ne s'appliquent pas aux caves. M. Baudry-Lacantinerie, nº 1538.

(*c*) Ces dispositions sont énoncées aux trois articles suivants :
536. " On ne peut avoir vues ou fenêtres d'aspect, ni galeries, balcons

[[Ajoutons que, dans notre droit, aux termes de notre article 515, l'exhaussement non mitoyen d'un mur mitoyen est assimilé, quant au droit de vue, au mur mitoyen. Ainsi, le propriétaire de l'exhaussement ne peut, sans le consentement du voisin, y pratiquer aucune fenêtre ou ouverture de quelque manière que ce soit, même à verre dormant (*a*).]]

La théorie de la loi sur les vues est bien simple. Cependant elle a donné lieu à plusieurs difficultés que nous devons examiner.

1° Lorsqu'il existe un mur mitoyen entre le bâtiment où les vues sont établies et l'héritage voisin, quel est le point où commence l'héritage voisin, et à partir duquel doit se calculer la distance requise? Suivant l'opinion commune, la ligne de séparation des deux fonds se trouve *au milieu*. C'est, par conséquent, de ce point milieu que doit se calculer la distance. Il est vrai que, le mur et le sol qui le porte étant communs et *indivis* dans chacune de leurs parties entre les deux propriétaires, il est impossible, en pur droit, de trouver un point milieu qui puisse servir de ligne de séparation ; mais, comme, en définitive, on ne peut ni faire abstraction du mur, ni placer la ligne de séparation d'un côté plutôt que de l'autre, force est bien de la placer au milieu.

Si au lieu d'un mur mitoyen nous supposons un mur appartenant pour le tout au propriétaire de la maison éclairée, l'épaisseur de ce mur doit être comprise en totalité dans la distance requise. Mais que faudra-t-il décider si le mur devient mitoyen après coup? Le propriétaire voisin pourra-t-il alors faire fermer les fenêtres, s'il établit qu'en comptant à partir du milieu du mur, la distance qui avait été observée dans le principe, se trouve maintenant au-dessous de la dis-

---

" ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin,
" si ce n'est à la distance de six pieds de cet héritage.

537. " L'on ne peut avoir vues ou baies de côté ou obliques sur cet " héritage, s'il n'y a deux pieds de distance.

538 " Les distances dont il est parlé dans les deux articles précédents " se comptent depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, " et s'il y a balcon ou autres semblables saillies, depuis leur ligne exté- " rieure."

Ces articles reproduisent en substance les dispositions des articles 678, 679 et 680 du code Napoléon.

(*a*) L'article 658 du code Napoléon, qui correspond à notre article 515, ne contient pas cette disposition. La chose a pourtant été jugée en France, mais les auteurs en général sont d'un avis contraire : Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 658, n° 12.

tance légale ? Non ; sa prétention ne serait pas juste ! Un fait qui a été légal, accompli selon le droit, ne peut pas devenir illégitime par suite d'un fait postérieur.

2° Lorsque la maison éclairée a ses fenêtres à une distance prohibée, sur deux fonds qui se suivent et qui appartiennent à deux personnes différentes, le propriétaire de l'héritage le plus éloigné a le droit de se plaindre tout autant que le propriétaire de l'héritage le plus rapproché ; et il en serait ainsi, alors même que le propriétaire de l'héritage intermédiaire aurait concédé un droit de vue au propriétaire de la maison éclairée. Il est vrai qu'on peut dire que la distance prescrite par la loi n'est obligatoire qu'à l'égard de l'héritage *voisin*, et qu'on ne saurait appeler héritage *voisin* que celui qui joint *immédiatement* l'héritage sur lequel se trouve la maison éclairée. Mais ce serait évidemment méconnaître l'esprit de la loi que de s'attacher aussi servilement au sens littéral des termes qu'elle emploie : elle ne veut point qu'on puisse avoir sur un fonds appartenant à autrui des vues à une distance moindre que celle qu'elle prescrit. La règle qu'elle établit est générale ; ce n'est que pour statuer sur le *plerumque fit* qu'elle a parlé des héritages *voisins*.

Faut-il admettre la même solution au cas où la maison éclairée est séparée de l'héritage voisin par un chemin public ou par une rue qui a moins de six pieds de largeur ? Logiquement l'affirmative ne serait pas douteuse. Cependant tous les auteurs font une exception pour ce cas. La sûreté générale et l'embellissement des villes l'avaient déjà fait admettre dans notre ancienne jurisprudence, et rien ne donne lieu de supposer qu'elle ait été écartée par les rédacteurs du code.

[[La question s'est soulevée, dans la cause de *Hotte & Fauteux* (R. J. Q., 5 B. R., p. 38), de savoir si l'on peut établir des vues sur un passage mitoyen, lorsque chacun des voisins a fourni la moitié du terrain requis pour le passage dans toute sa profondeur. Dans l'espèce, le passage avait une largeur de huit pieds et chaque voisin avait fourni une lisière de terrain de quatre pieds de large. Dans ces circonstances la cour d'appel a jugé que l'on avait créé, non un droit de copropriété mais une servitude de passage, et que chaque voisin était resté propriétaire de la lisière de terrain qu'il avait fournie pour le passage. La suppression des vues fut ordonnée parce qu'elles se trouvaient à quatre pieds de l'héritage du demandeur.]]

3° Les distances prescrites pour les vues ne sont pas obliga-

toires lorsque le constructeur a sur son héritage un mur assez élevé pour empêcher de voir et de rien jeter sur l'héritage voisin. Dans ce cas, en effet, ses vues sont sur le mur intermédiaire et non sur le fonds du voisin.

Mais, bien entendu, la règle reprendrait son empire, s'il abattait son mur, *même après plus de trente ans* : car, tant que le mur a existé, le propriétaire de la maison éclairée n'a point possédé de vue sur l'héritage du voisin ; et, pour prescrire, il faut posséder, empiéter sur le droit d'autrui (*a*).

Faut-il appliquer la même solution au cas où le mur qui est plus élevé que les fenêtres appartient au propriétaire de l'héritage voisin ? L'affirmative est ici encore généralement admise. Il est vrai que, dans ce cas, les vues portent sur le mur du voisin ; mais, comme elles ne lui nuisent en aucune façon, et, qu'*il n'y a point d'action sans intérêt*, les tribunaux ne devraient point l'écouter s'il demandait la fermeture des fenêtres.

[[Il y a, à cet effet, dans notre jurisprudence, une décision conforme de la cour de révision, à Québec, dans une cause de *Touchette* v. *Roy* (3 Q. L. R., p. 260). La question est traitée à fond dans les notes du juge Casault.]]

4° La défense d'établir des vues à une distance moindre que celle qui est prescrite par la loi s'applique entre héritages clos ou non clos, situés à la ville ou à la campagne : la loi ne distingue pas. Ainsi, quoique la maison que je construis soit placée en *pleine campagne*, je ne puis pourtant y établir des fenêtres qu'à la condition d'observer les distances légales (*b*).

Mais faut-il aller jusqu'à dire que ces distances sont obligatoires, même à l'égard des jours ou fenêtres établis *dans un simple mur de clôture ?* Ainsi, le propriétaire d'un parc ou d'un jardin peut-il, ou non, se ménager des vues sur la campagne en établissant des jours dans l'un de ses murs, distant de moins de six pieds des héritages voisins ? La question est controversée.

PREMIER SYSTÈME. — Les jours ou fenêtres que le code a réglementés sont ceux qui éclairent des *appartements ;* il ne s'occupe point des jours pratiqués dans *un simple mur de clôture.* Et la raison en est bien simple. Les fenêtres d'un bâti-

---

(*a*) Remarquons, en outre, qu'il n'y a pas de prescription acquisitive d'une servitude dans notre droit (art. 549).

(*b*) Toutes ces solutions sont enseignées par M. Baudry-Lacantinerie, n[os] 1537 à 1539.

ment apportent une gêne incessante au propriétaire de l'héritage voisin : il n'y est plus libre, puisqu'il sait que dans cette maison qui le domine peuvent se tenir des personnes toujours prêtes à l'épier. La loi a donc dû le protéger.

Quant aux jours pratiqués dans un simple mur de clôture, ils sont peu nuisibles pour le voisin : car ce n'est que rarement et accidentellement qu'ils servent au propriétaire. On ne se tient, en effet, dans un parc ou dans un jardin, que lorsque la température le permet, quelques jours pendant l'été, et seulement quelques heures pendant les beaux jours. Les voisins souffrent, sans doute, de ces ouvertures pratiquées dans le mur qui joint leur héritage : mais, l'inconvénient qu'ils subissent, est si petit, que la loi a dû le négliger. Le système contraire conduirait à l'absurde. Ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire que, lorsqu'un mur de séparation vient à se crevasser en quelques endroits, le propriétaire est obligé ou de boucher ces ouvertures, ou d'abattre son mur (1).

DEUXIÈME SYSTÈME. — Le propriétaire d'un simple mur de *séparation* ne peut y établir des jours qu'à la distance légale : la loi ne distingue pas. Ces jours pourraient d'ailleurs être aussi incommodes pour le voisin que s'ils étaient pratiqués dans un mur de *bâtiment*. Ils pourraient, en effet, être garnis de fenêtres qui s'ouvrent et se ferment à volonté, ou de persiennes qui permettent de voir sans être vu. La position entre les deux voisins ne serait plus égale. Le propriétaire du mur serait libre chez lui ; il n'en serait pas de même du voisin : car, chaque fois qu'il se tiendrait sur son héritage, il aurait à craindre que le propriétaire du mur ne fût à sa fenêtre ou derrière sa persienne, occupé à le poursuivre de ses regards indiscrets (2).

— Suivant quelques personnes, cette solution ne devrait pas être appliquée aux jours qui n'ont ni verre dormant, ni fenêtres, ni volets, en un mot, aux simples ouvertures. Dans ce cas, disent-elles, la condition des deux voisins est la même, puisque chacun d'eux peut alors voir sur l'héritage de l'autre, et de la même manière que s'il n'y avait pas de mur (3).

---

(1) MM. Duc., Bonn. et Roust., sur l'article 680 ; Laurent, t. 8, n° 42.

(2) MM. Val., à son cours ; Aubry et Rau, t. 2, § 196, note 9 ; Dem., t. 2, n° 533 *bis*, I ; Demol., t. 12, n° 562 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 1539. Je crois que ce deuxième système doit être suivi dans notre droit.]]

(3) Dem., *loc. cit.*

Je n'admettrais pas ce tempérament. Et d'abord il est possible que le terrain du voisin soit plus bas que l'héritage où le mur est établi, de telle sorte qu'il ne pourrait que très difficilement user de son droit de regarder, tandis que le propriétaire du mur aurait toute facilité pour cela. Ajoutons que, bien que les jours soient entièrement libres de fenêtres, de volets ou de persiennes, le propriétaire qui les établit pourrait cependant s'en servir d'une manière peu loyale, en se tenant tapi et caché derrière son mur. Le voisin pourrait, il est vrai, faire de même ; mais, s'il est honnête, il n'userait point de cette faculté, ce qui rendrait la position inégale entre lui et celui auquel le mur appartient (1).

[[Dans la cause de *Langevin dit Lacroix* v. *Bourbonnais* (M. L. R., 6 S. C., p. 317), le juge Tellier a décidé que bien que le voisin n'ait pas le droit de pratiquer des vues dans son mur du côté de son voisin à la distance prohibée par la loi, néanmoins celui qui souffre et tolère cette servitude, sans se plaindre ni protester, pendant plusieurs années, ne sera pas reçu ensuite à réclamer des dommages pour la violation de son droit, si ce n'est une somme nominale, fixée dans l'espèce à cinq dollars.

On admet en France que le droit de conserver des vues à la distance prohibée peut s'acquérir par prescription contre le voisin qui a souffert ces vues pendant trente ans sans s'en plaindre. Cela est logique, car le droit français permet d'acquérir des servitudes par la prescription de trente ans (art. 690 C. N.), et l'existence de ces vues est une servitude sur le fonds voisin. Il en est tout autrement sous notre code, qui dit que nulle servitude ne peut s'établir sans titre et que la possession même immémoriale ne suffit pas à cet effet (art. 549). Donc quelle que soit la durée de l'existence de ces vues et quel que soit le silence du voisin, le droit de réclamer la suppression des vues reste imprescriptible (*a*). Nous échappons ainsi à la contro-

(1) M. Demol., t. 12, nº 561.

(*a*) Il est vrai que certains auteurs ne voient pas dans ce droit de conserver des vues, une servitude active sur le fonds voisin. Voy. Merlin, *Quest.*, vº *servitude*, § 3 ; Pardessus t. 2, nº 312 ; Toullier, t. 3, nº 534. La plupart des auteurs sont d'avis contraire. Voy. aussi la solution de la question analogue de la prescription des plantations, *supra* p. 101 et suiv.

Il est à peine nécessaire de citer des autorités pour prouver que la servitude de vue, pas plus que les autres servitudes, ne peut s'acquérir par prescription. Mais comme la même controverse peut se soulever ici que quant aux plantations, de savoir si l'obligation de n'avoir pas des vues à la distance prohibée, est une servitude créée en faveur du fonds voisin, je me contente de renvoyer le lecteur aux autorités suivantes du droit ancien, choisies un peu au hasard :—

verse qui divise les auteurs, en France, sur la question de savoir si le voisin contre lequel la servitude de vue a été ainsi acquise par prescription, peut élever un un mur qui empêche le propriétaire du mur d'exercer ce droit de vue sur son fonds. S'il s'agit d'une servitude servitude conventionnelle de vue, il est clair que le voisin ne peut obstruer ces vues par la construction d'un mur, car il est de principe que le propriétaire du fonds qui doit la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à la rendre plus incommode (art. 557). Mais la plupart des auteurs admettent qu'il peut élever un mur en dehors de la distance prescrite pour les vues, six pieds pour les vues droites et deux pieds pour les vues obliques, car, en dehors de cette distance, il ne peut être question de servitude de vue, toutes les vues étant alors libres. Voy. Sirey et Gilbert sur les art. 678-680 C. N., n[os] 28 et 29. Il en serait autrement s'il s'agissait d'une servitude *altius non tollendi.*]]

5° Lé voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur peut faire fermer les jours *libres* qui s'y trouvent [[que ces vues existent ou non depuis plus de trente ans]]. Il le pourrait si le mur ne lui appartenait pas : à plus forte raison le peut-il quand il acquiert la mitoyenneté du mur. [[On décide en France que si les jours libres existaient *depuis trente ans*, il devrait les respecter et en subir l'usage, sans pouvoir les obstruer par des constructions trop rapprochées; mais cette solution ne peut être admise dans notre droit pour les raisons que je viens d'exposer.]]

Faut-il décider de même quant aux jours à fer maillé et à verre dormant ?

Premier système.—Le voisin qui acquiert la mitoyenneté d'un mur où se trouvent établis des jours à fer maillé et à verre dormant peut les faire boucher, *quand bien même il ne jugerait pas à propos de bâtir contre le mur.* Et, en effet, de même que l'un des voisins ne peut point, de sa propre autorité, *ouvrir* des jours dans un mur mitoyen, de même et par la même raison, il n'a pas le droit d'y *maintenir*, sans le consentement de son copropriétaire, ceux qui s'y trouvaient déjà lors de l'acquisition de la mitoyenneté.

Ferrière, *Grand Coutumier*, sur l'article 186 de la coutume de Paris, 1ère glose, n° 7, t. 2, col. 1520 ;

Arrêt du parlement de Paris, du 21 août 1674, qui a ordonné la suppression de vues malgré une très longue possession : *Journal du Palais*, t. 1er, p. 610.

Voy. aussi l'article 225 de la coutume d'Orléans qui mentionne expressément les vues comme ne pouvant exister sans titre.

[[Dans ce système on décide en France qu'il]] en est ainsi même dans le cas où ces jours existent depuis plus de trente ans. Le propriétaire qui les a établis n'a pas pu, en effet, acquérir par prescription le droit de les conserver : car c'est comme propriétaire, *jure dominii*, qu'il les a établis et *possédés*. Il n'a fait que ce qu'il avait le droit de faire ; or, pour prescrire, il faut faire quelque chose d'illégal, posséder la chose d'autrui, empiéter sur son droit : on ne prescrit jamais en ne faisant que ce que l'on a le droit de faire (1). [[A cela ajoutez que la servitude ne peut pas s'acquérir dans notre droit par prescription et si l'exercice de ce droit dans un mur non mitoyen est une servitude, il ne peut être question de le conserver à jamais par prescription.]]

DEUXIÈME SYSTÈME.—Si le propriétaire d'un mur mitoyen ne peut point, sans le consentement de son voisin, y pratiquer des jours, même à verre dormant, c'est uniquement par application du principe : *In re communi potior est causa prohibentis*. Or, dans l'espèce, le propriétaire qui demande à *conserver* les jours qu'il a ouverts dans le mur, et qu'il avait eu le droit de pratiquer, alors que son mur n'était pas encore mitoyen, ne prétend point innover, puisqu'il ne désire rien tant que de conserver le mur dans l'état où il est actuellement : l'esprit d'innovation se trouve, au contraire, chez son voisin, contre lequel, par conséquent, on peut tourner la maxime précitée.

La loi, en un mot, ne veut point que l'un des voisins puisse, sans le consentement de l'autre, *établir* des jours dans le mur mitoyen ; mais elle ne lui défend pas de *conserver* ceux qui s'y trouvaient déjà quand le mur a cessé de lui appartenir pour le tout. Autrement, il faudrait aller jusqu'à reconnaître au voisin, qui acquiert la mitoyenneté d'un mur, le droit de faire démolir et enlever les gros ouvrages consommés à une époque où l'état de mitoyenneté n'existait pas, et qui, depuis qu'il existe, se trouvent n'être pas de ceux que cet état comporte. De cette manière, on forcerait indirectement le propriétaire exclusif d'un mur à ne s'en servir que comme d'un mur mitoyen : la crainte de l'avenir paralyserait son droit !

Ainsi, le voisin peut bien, même sans acquérir la mitoyen-

---

(1) Delv., t. 1er, p. 166 ; Dur., t. 5, n° 325 ; MM. Aubry et Rau, t. 2, § 196, p. 204, et § 222, p. 432 ; Duverg., *sur Toull.*, t. 3, n° 527 ; Marc., sur l'article 679 ; Duc., Bonn. et Roust., sur l'art. 677 ; Dem., t. 2, n° 515 *bis*, IV ; Demol., t. 11, nos 370 et suiv., et t. 12, nos 541-542. — Voy. aussi l'arrêt de cassation, du 3 juin 1850 (Sir., 50. 1. 585).

neté, en construisant tout contre mon mur, obstruer les jours qui s'y trouvent ; mais, la mitoyenneté étant par lui acquise, il doit les laisser subsister, dans le cas où il ne juge point à propos de bâtir (1).

[[Le premier système, ayant l'appui de la majorité des auteurs, sera probablement suivi dans notre droit, mais ne pourrait-on pas dire que le voisin qui se porte acquéreur de la mitoyenneté d'un mur non mitoyen, est obligé d'accepter ce mur tel qu'il se trouve, et partant avec ses jours à fer maillé et à verre dormant ?]]

SECTION IV.—DE L'ÉGOUT DES TOITS.

Les fonds n'étant obligés de supporter le passage des eaux venant des fonds voisins qu'autant que ces eaux en découlent *naturellement* (art. 501), ne peuvent pas être astreints à recevoir les eaux qui sont rassemblées artificiellement, comme celles qui tombent du toit d'une maison. De là la règle suivante :

Le propriétaire qui construit une maison ou tout autre bâtiment à l'extrémité de son terrain doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ; il ne peut pas les faire verser sur le fonds de son voisin. Il faut donc qu'il s'arrange de manière à perdre les eaux sur son terrain, ou tout au moins qu'il laisse au-delà de son bâtiment un espace suffisant pour que l'égout de son toit ne dégrade point le fonds voisin. Mais cela suffit : si son terrain est incliné, il n'est pas astreint à retenir l'eau sur lui (*a*).

Il est bien entendu, au reste, que le toit et les gouttières qui y sont placées ne doivent point faire saillie au-dessus du fonds voisin : car, la propriété du sol emportant la propriété du dessus comme du dessous (art. 414), ce serait empiéter sur le droit d'autrui que d'établir ces saillies.

Remarquez que la défense de jeter l'égout de son toit sur le

---

(1) Merlin, *Rép.*, vo *vue*, § 3, no 2 ; Toull., t. 3, no 527 ; Pardessus, t. 1er, no 172 ; M. Val., à son cours ; M. Laurent, t. 8, no 40.

(*a*) C'est la disposition de notre article 539 qui se lit comme suit :

539. " Les toits doivent être établis de manière à ce que les eaux et les " neiges s'écoulent sur le terrain du propriétaire, sans qu'il puisse les " faire verser sur le fonds de son voisin."

C'est en substance la même disposition que celle de l'article 681 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne parle pas des neiges, et permet de faire verser l'eau sur la voie publique.

fonds du voisin n'a vraiment rien de commun avec les servitudes. Elle ne fait, au contraire, que proclamer la liberté du fonds voisin. Si le propriétaire de ce fonds consentait à recevoir l'égout, c'est alors qu'il y aurait servitude: car sa propriété se trouverait modifiée, amoindrie, pour l'avantage de la maison.

[[Il n'y a, dans les rapports, que deux arrêts sur ces questions. Le premier, rendu dans la cause de *The Victoria Skating Rink & Beaudry* (2 R. C., p. 231), par la cour d'appel, ne fait que constater la responsabilité du propriétaire qui laisse tomber de la pluie et de la neige sur le fonds voisin; le second est une décision du juge Davidson, dans une cause de *Poirier* v. *Lemoine* (R. J. Q., 3 C. S., p. 469), à l'effet qu'il doit y avoir entre un toit en pente et le fonds voisin, un espace suffisant pour que la neige et la pluie ne puissent pas tomber chez le voisin ; que le toit doit, pour cela, être muni de gouttières et, s'il en est besoin, de gardes-neige.]]

SECTION V.—DU DROIT DE PASSAGE.

L'intérêt général ne permet point qu'un fonds reste nécessairement inculte et abandonné ; or, c'est précisément ce qui aurait lieu, si le propriétaire dont le fonds n'a aucune issue sur la voie publique n'avait le droit de réclamer un passage sur les fonds de ses voisins. Ce droit, le code l'a consacré en ces termes : "Le propriétaire *dont le fonds est enclavé, et qui* " *n'a aucune issue* sur la voie publique, *peut exiger un pas-* " *sage sur ceux de ses voisins* pour l'exploitation de son héri- " tage, *à la charge d'une indemnité proportionnée au dom-* " *mage qu'il peut causer* " (art. 540) (*a*).

L'*enclave* peut avoir lieu : 1° par suite de quelque cas fortuit ou de force majeure, tel que l'éboulement d'un terrain, le changement de lit d'une rivière, la suppression ou le redressement d'une route; 2° par l'effet d'un contrat de partage ou de vente, lorsque les copropriétaires d'un héritage font leur partage de telle manière que la portion attribuée à l'un des copartageants se trouve n'avoir aucune issue sur la voie publique, ou lorsque le propriétaire d'un fonds qui n'est pas

---

(*a*) C'est, en substance, la copie de l'article 682 du code Napoléon (ancien texte). Le nouveau texte de ce dernier article, d'après la loi du 20 août 1881, ajoute, après les mots " qui n'a aucune issue sur la voie publique," les mots " ou qu'une issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole, soit industrielle, de sa propriété."

enclavé vend à un tiers la portion à laquelle la voie publique n'aboutit point.

Nous distinguerons les deux cas.

Lorsque l'enclave provient d'*un cas fortuit* ou *de force majeure*, le passage n'est dû que moyennant une indemnité. Cette indemnité est réglée, non pas eu égard au profit que le propriétaire du fonds enclavé retire du passage, mais proportionnellement au dommage que le passage occasionne au propriétaire qui le subit.

Le passage n'est dû, au reste, qu'autant que l'enclave est telle, que le fonds est privé *de toute issue sur la voie publique*. Une simple incommodité ne suffirait donc pas pour constituer la servitude d'enclave ; cette servitude n'est due qu'en présence d'une nécessité absolue (*a*).—[[Mourlon ajoute qu'elle ne peut être exigée que "pour l'exploitation de l'héritage," c'est-à-dire pour la *culture* et le *défruitement* de la terre (1), mais il me semble que c'est là donner un sens trop restreint à l'expression "exploitation" qui est générique et comprend tous les usages auxquels un fonds peut être destiné. D'ailleurs, comme Mourlon l'indique dans sa note, cette interprétation restrictive a été rejetée par des autorités imposantes et notamment par le législateur français dans la nouvelle rédaction de l'article 682 du code Napoléon.]]

Le passage doit *régulièrement*, [[notre artic e dit *généralement*]], c'est-à-dire *en principe*, être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique ; mais, s'il était démontré que ce trajet, quoique le plus court, serait trop difficile et trop dispendieux à établir, ou trop dommageable pour le propriétaire qui le subirait, le passage devrait alors être pris sur un autre côté, quoique plus long. En cas de contestation, les juges apprécieront (*b*).

Lorsque le fonds sur lequel doit être pris le passage est

---

(1) En ce sens, M. Legentil, *Rev. prat.*, t. 2, p. 113 et suiv.—On soutient, dans un autre système, que les mots : *pour l'exploitation de l'héritage*, sont génériques, et qu'ainsi le passage est dû même pour des besoins autres que des *nécessités agricoles* (voy., en ce sens, MM. Demol., t. 12, nº 612, et Laurent, t. 8, nºs 89-90). — Le nouvel art. 682 C. N. consacre ce dernier système.

(*a*) Pourtant on a admis le droit de passage lorsque la seule issue que possède le fonds enclavé ne peut être rendu praticable qu'à grands frais et moyennant des travaux très considérables, alors que le fonds voisin offre une issue facile. Voy. *infra*, p. 136.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 1543 *bis*.

fixé, il reste encore à déterminer en quel endroit le passage devra être établi. La loi règle ce point : elle veut que le passage soit pris dans l'endroit le moins dommageable pour le propriétaire qui le subit, lors même que cet endroit serait pour le propriétaire qui profite du passage, moins commode qu'un autre (*a*).

L'action en indemnité réservée au propriétaire du fonds sur lequel doit être pris le passage est prescriptible ; s'il laisse s'écouler trente ans sans l'exercer, elle est prescrite (*b*). Mais quel est le point de départ de cette prescription ?

La plupart des auteurs la font commencer à partir du jour où le propriétaire du fonds enclavé a passé sur le fonds qui le sépare de la voie publique. Le droit de passage, disent-ils, existe de plein droit, à titre de servitude légale, du jour même et par le fait seul de l'enclave : dès ce jour, l'indemnité est *due*. Mais elle n'est pas encore *exigible* : car, tant que le propriétaire du fonds enclavé n'use point du droit que la loi lui confère, on ne peut rien lui demander. Ce n'est qu'après le premier acte d'exercice qu'il a fait de son droit qu'il peut être contraint d'en payer le prix : ce n'est, par conséquent, qu'à partir de ce moment que la prescription commence à courir à son profit (art. 2236) (1).

---

(1) Toull. et Duverg., t. 3, no 553 ; Pardessus, t. 2, nos 222-224 ; Dur., t. 5, no 429 ; Marc., sur l'art. 685. C. N. ; MM. Duc., Bonn. et Roust., sur le même article ; Dem., t. 2, no 539 *bis* ; Aubry et Rau, t. 3, § 243, note 26 ; Demol., t. 12, no 635 ; Laurent, t. 8, no 106 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, no 1547.]]

(*a*) Telles sont les dispositions des articles 541 et 542, copiés sur les articles 683 et 684 du code Napoléon, qui se lisent comme suit : —

541. " Le passage doit généralement être pris du côté où le trajet est " le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

542. " Cependant il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable " à celui sur le fonds duquel il est accordé."

(*b*) Le code Napoléon a sur ce point un article exprès, l'art. 685. Nos codificateurs n'ont pas reproduit cette disposition, parce qu'ils la regardaient comme inutile, " l'action pour cette indemnité ", disent-ils, " ne " présentant rien de particulier qui l'empêche d'être soumise aux règles " générales sur les prescriptions." Il est vrai qu'ils ajoutent immédiatement : " cet article pouvait être nécessaire dans le système du code " (Napoléon) qui admet l'acquisition des servitudes par prescription, " mais ne l'est pas dans le nôtre où le principe déjà posé est admis : " *nulle servitude sans titre*." Cependant, cette observation n'affecte pas la prescriptibilité de l'indemnité qui, ainsi que le disent les codificateurs, est soumise aux règles générales sur les prescriptions ; elle ne peut mettre en question que le point de départ de cette prescription. Donc, dans notre droit comme dans le droit français, cette action est prescriptible.

Dans un autre système, on raisonne autrement. L'enclave n'engendre pas de plein droit la servitude de passage : elle fait seulement naître le droit de l'acquérir par une expropriation, que le propriétaire du fonds enclavé impose aux propriétaires des fonds qui le séparent de la voie publique. Si, en effet, le droit de passage existait à son profit du jour même et par le seul fait de l'enclave, il n'aurait pas besoin de le *réclamer* de ses voisins : il le prendrait et l'exercerait de sa propre autorité. Or, la loi est formelle ! elle veut qu'il le *réclame*, [[notre article dit : *exige*,]] c'est-à-dire évidemment qu'il se le fasse attribuer en offrant une indemnité aux propriétaires des fonds sur lesquels il doit être établi. Dès lors, tant qu'il ne s'est pas entendu avec eux ou, en cas de contestation, tant qu'il n'est pas intervenu de jugement, le droit de passage n'est pas encore acquis : l'indemnité, par conséquent n'est pas encore due.

La prescription ne peut donc commencer à courir qu'à partir du moment où l'indemnité a été réglée par une convention intervenue entre les parties, ou, en cas de contestation, par un jugement. Jusque-là il n'y a ni servitude acquise, ni dette ni créance d'indemnité, et, par conséquent, point de prescription possible (1).

[[Je crois que le premier système doit être suivi dans notre droit (*a*).]]

Lorsque l'enclave provient, non plus d'un cas fortuit, mais d'un partage, le passage alors n'est dû que par ceux des propriétaires qui ont figuré au partage, et sur les portions qui

---

Je puis ajouter que la disposition de l'article 685 du code Napoléon ainsi que l'application, dans notre droit, du principe qu'il consacre, ont été discutés par la cour de révision à Québec, dans la cause de *Parent* v. *Daigle* (4 Q. L. R., p. 154).

(1) M. Val., à son cours.

(*a*) Toutefois, si l'on va jusqu'à dire qu'une convention ou un jugement est nécessaire pour l'exercice du droit de passage de l'enclave (conf. Demolombe, t. 12, nº 634), et qu'il faut que l'enclave ait un titre, on devra se rallier au second système. J'ai suivi le premier, parce que je crois que le droit au passage existe dès qu'il y a enclave ; que le seul point qui puisse donner lieu à contestation, outre l'indemnité dans le cas où il en est dû, c'est l'assiette de ce passage ; que cette assiette peut être fixée soit par un jugement soit par une convention expresse ou tacite ; que la tolérance du voisin pendant trente ans fait présumer que l'endroit du passage a été déterminé avec son consentement. Dès lors, la prescription commencera à courir dès l'exercice du droit par l'enclavé, car c'est à ce moment même que le consentement est présumé avoir été donné et que l'indemnité aurait pu être réclamée.—Voy. ma note (*a*) *infra*, p. 135.

leur ont été attribuées : les copartageants n'ont pas pu, en effet, créer une enclave opposable aux tiers, et faire retomber sur des étrangers une charge qui ne doit être supportée que par eux. Ils doivent même la supporter sans aucune indemnité : car il a été tacitement entendu, dans le partage, que la portion séparée de la voie publique jouirait d'un droit de passage sur les autres portions ; à moins pourtant qu'il n'ait été expressément convenu que celui des copartageants qui aura dans son lot la portion enclavée devra se procurer un droit de passage sur les fonds des voisins. Dans ce cas, le passage ne serait toujours dû que par les copartageants de celui qui se trouve enclavé ; mais alors ils auraient droit à une indemnité.

Quand l'enclave résulte d'une vente, le passage ne peut être pris que sur la portion conservée par le vendeur, et aucune indemnité ne lui est due. Il est, en effet, obligé de délivrer la chose avec ses accessoires et tout ce qui est destiné à son usage perpétuel ; or le chemin pour arriver à la voie publique est évidemment un accessoire de la chose vendue, puisque sans lui elle resterait perpétuellement inutile.

[[La solution indiquée dans les deux alinéas qui précèdent était déjà celle de la jurisprudence française avant que le législateur l'eût décrété dans le nouvel article 684 du code Napoléon. Notre article 543, imité, disent les codificateurs, d'une disposition semblable des codes de la Louisiane, du canton de Vaud et de la Sardaigne, est également conforme à cette jurisprudence. Il porte que " si l'héritage ne devient " enclavé que par suite d'une vente, d'un partage ou d'un " testament, c'est au vendeur, au copartageant ou à l'héritier, " et non au propriétaire du fonds qui offre le trajet le plus " court, à fournir le passage, lequel est, dans ce cas, dû même " sans indemnité."

Le deuxième alinéa du nouvel article 684 C. N. consacre également une solution de la jurisprudence française (*a*), en disant que, dans le cas où un passage suffisant ne pourrait être établi sur les fonds divisés, l'article 682 C. N. (notre article 540) serait applicable. Je ne vois pas objection à accueillir cette disposition dans notre droit.

Nos codificateurs ont emprunté une autre disposition aux codes de la Louisiane, du canton de Vaud et de la Sardaigne. Cet article, qui ne figure pas au code Napoléon, se lit comme suit :

(*a*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1543 *bis*.

544. " Si le passage ainsi accordé cesse d'être nécessaire, il " peut être supprimé, et, dans ce cas, l'indemnité payée est " restituée, ou l'annuité convenue cesse pour l'avenir."

C'est l'application de la maxime *cessante causâ, cessat effectus.* Malgré une certaine controverse, la doctrine française me paraît être dans ce sens. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 682 C. N., nos 51 et suivants.

Nous avons une jurisprudence assez abondante sur ce droit du fonds enclavé d'exiger un droit de passage sur les fonds voisins.

Dans la cause de *Rauger* v. *Rauger* (14 L. C. R., p. 134), le juge Berthelot a jugé que le droit de passage sur un héritage pour servir à une enclave qui n'a point d'autre voie d'accès, est une servitude légale dont il n'est point nécessaire de produire un titre par écrit, lorsque la jouissance en a duré plus de trente ans. L'effet de cet arrêt est que l'assiette du passage peut se prescrire ; ainsi, celui qui a subi un tel passage en faveur d'une enclave, pendant plus de trente ans, ne serait pas recevable à prétendre que son fonds n'est pas celui qui offre le trajet le plus court (*a*).

Le même principe a été admis par le juge en chef Meredith, siégeant en cour de révision avec les juges Stuart et Casault, dans la cause de *Parent* v. *Daigle* (4 Q. L. R., p 154), mais le juge Casault n'a pas partagé l'avis de son collègue et a exposé les motifs de son dissentiment dans une dissertation très élaborée.

Dans la cause de *Sundberg* & *Wilder* (29 L. C. J., p. 216),

---

(*a*) Cette solution n'est pas douteuse dans le droit français moderne, où le nouvel article 685 du code Napoléon la consacre expressément, mais elle est loin d'être certaine dans notre droit, où les juges Casault et Taschereau l'ont repoussée et les juges Berthelot, Meredith et Andrews l'ont admise : voy. les arrêts cités *infra*. Il me semble, cependant, qu'on peut accueillir cette solution sans violer le principe de l'article 549. En effet, la servitude à laquelle l'enclave a droit est une servitude légale ; elle n'a pas besoin de titre, ou plutôt elle trouve son titre dans la loi-même. Il ne s'agit ici que de l'assiette du passage, et permettre au propriétaire du fonds enclavé de se prévaloir de l'usage pendant trente ans d'un passage particulier, n'est pas créer une servitude, mais seulement la localiser, si je puis m'exprimer ainsi. Au demeurant, comme le juge en chef Dorion l'a dit, dans la cause de *Mignerand dit Myrand* & *Légaré* (6 Q. L. R., p. 122), " la question est extrêmement délicate et difficile à résoudre," et je n'ai pas la prétention de la trancher d'une manière absolue. Je ne puis voir que l'absence dans notre code d'un article comme l'article 685 (ancien ou nouveau texte) soit une raison de conclure contre la fixation de l'assiette du passage par une longue possession. D'après l'article 540, la servitude est

la cour d'appel a jugé que le droit de passage en faveur d'une enclave, étant basé sur la nécessité, cesse de plein droit lorsqu'il n'est plus nécessaire. Cela n'est que l'application de la disposition de l'article 544.

Je me contente de renvoyer à la décision de la cour d'appel dans la cause de *Têtu & Gibb* (5 Q. L. R., p. 172), où on s'est occupé du cas où un fonds serait obligé de faire des dépenses très considérables pour communiquer avec la voie publique, alors que le fonds voisin offrirait un passage très facile, et on paraît avoir été disposé à regarder un tel fonds comme enclavé. Cette circonstance se présentait également dans la cause de *Parent* v. *Daigle*, *supra*.

Dans la cause de *Roy* v. *Beaulieu* (9 Q. L. R., p. 97), l'espèce était la même que dans les causes de *Rauger* v. *Rauger* et *Parent* v. *Daigle*, et le juge Taschereau a jugé que la servitude de passage en cas d'enclave ne fait pas exception à la maxime *nulle servitude sans titre*, et ne peut pas s'acquérir par prescription ; que si le propriétaire d'un fonds enclavé n'a pas exigé en justice ou obtenu par titre le droit du passage, l'usage qu'il a fait d'un chemin de passage chez son voisin est réputé précaire, de tolérance, et ne peut créer aucun droit ; que si l'enclave n'existe que par le fait des auteurs du propriétaire enclavé, le passage doit être pris par préférence sur la propriété détachée par leur acte de l'immeuble maintenant enclavé, à moins que ce passage ne nécessite des dépenses hors de proportion avec la valeur de l'immeuble.

Dans la cause de *Mainville* v. *Legault* (M. L. R., 1 S. C., p. 295, et 19 R. L., p. 604), la cour de révision, à Montréal, a jugé que pour qu'un fonds soit considéré comme enclavé dans le sens de l'article 540, il faut qu'il n'ait aucune issue quelconque sur la voie publique, et qu'un simple chemin de tolérance non

---

toute acquise puisqu'elle est légale, pour me servir du langage de Demolombe (t. 12, nº 624) ; il ne s'agit que d'en déterminer le site. Or, au bout de trente ans, dit encore Demolombe, la présomption légale est que cette détermination a été faite d'après la disposition des héritages et les convenances locales. Je crois que l'article 540 donne à l'enclavé un droit incontestable, il a un droit absolu de se rendre à la voie publique en passant sur l'un des fonds voisins. Seule l'assiette du passage peut être contestée. Or cette assiette peut être réglée, ou par un jugement, ou par une convention. Cette convention peut être tacite, puisque rien n'exige qu'elle soit expresse. Or, l'un des voisins souffre l'exercice d'un passage par l'enclavé pendant trente ans. Ne peut-on pas dire que par son long silence il a acquiescé à la fixation du passage en cet endroit ? Cette conclusion me semble irrésistible.

contesté est suffisant pour empêcher le propriétaire du terrain de réclamer un passage de ses voisins.

Un chemin établi et utilisé de temps immémorial par plusieurs propriétaires de fermes contiguës, pour atteindre et exploiter leurs terres, diffère d'une servitude de passage ordinaire et ne tombe pas sous la règle de l'article 549, concernant la constitution de servitudes par titre : *Perron* v. *Plouin*, Andrews, J., (16 Q. L. R., p. 91). Dans cette cause (p. 94), le juge Andrews a exprimé l'opinion que l'assiette du passage auquel l'enclave a droit peut être fixée par prescription.

Un fonds ne peut être considéré comme enclavé, s'il existe sur ce fonds un chemin pour communiquer à la voie publique, même alors que ce chemin, pour être parfaitement convenable, requiert certains travaux d'amélioration : *Archambault* v. *Labelle* (34 L. C. J., p. 320).

La difficulté d'exploitation ne donne pas au locataire le droit d'obtenir une extension au passage stipulé. L'indemnité due au propriétaire du fonds sur lequel est pris le passage exigé par le propriétaire du terrain enclavé, doit être un prix une fois payé et non pas une rente annuelle (*a*). Il ne peut être accordé au demandeur une plus grande étendue que celle qu'il requiert par son action. Après l'acquisition d'un passage d'une largeur déterminée, le propriétaire du terrain enclavé n'en peut retenir un plus large, qu'en alléguant et prouvant qu'il a changé son exploitation du terrain enclavé et que le passage acquis n'est plus suffisant pour cette nouvelle exploitation. Le propriétaire de l'enclave ne peut prendre le terrain pour un passage ou pour l'élargissement d'un passage sur l'immeuble voisin, que lorsqu'il ne peut le prendre chez lui, ou lorsque le coût des travaux à faire pour le prendre ainsi chez lui, excède de beaucoup l'indemnité qu'il aurait à payer au voisin : *Larue* v. *Belleville*, cour de révision, à Québec (14 L. N., p. 225 ; 17 Q. L. R., p. 154)]]

Enfin, dans la cause de *Les présidents et syndics de la commune de Berthier* v. *Denis*, jugée par la cour de révision le 30 novembre 1896 (à être rapportée, R. J. Q., 11 C. S.), cette cour, composée des juges Bourgeois, Mathieu et Tellier, ce dernier différant, a jugé que l'enclavé a droit, en vertu de la loi et notamment des dispositions de l'article 540, à un passage sur un des fonds voisins, et qu'il peut exercer ce droit sans qu'il lui soit nécessaire de produire un titre ; que l'article 549

(*a*) C'est-à-dire que l'on n'est pas obligé d'accepter une annuité.

qui décrète que nulle servitude ne peut s'établir sans titre et, que la possession même immémoriale ne suffit pas à cet effet, ne s'applique qu'aux servitudes établies par le fait de l'homme et non pas aux servitudes naturelles ou légales, et notamment à l'enclave ; que le propriétaire du fonds enclavé qui demande à exercer le droit de passage que la loi lui reconnaît sur le fonds de son voisin, n'est pas tenu d'offrir à son voisin une indemnité, mais que c'est à ce dernier à l'exiger, si, par suite du passage, il éprouve des dommages, cette indemnité étant proportionnée aux dommages que le passage peut causer, et n'étant due que s'il y a eu des dommages, ce que le voisin doit indiquer (*a*). Cette décision admet le principe que j'ai invoqué dans la note (*a*), *supra*, p. 135.]]

CHAPITRE III. — Des servitudes établies par le fait de l'homme.

Section I. — Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens.

Les servitudes établies par le *fait de l'homme* sont celles qui ont pour fondement la volonté expresse ou tacite des propriétaires. Ce sont les seules auxquelles convienne véritablemeinent la dénomination de *servitude.* Elles constituent, en effet, une véritable dérogation, une exception au droit commun de la propriété foncière ; c'est le fait de l'homme, c'est-à-dire sa volonté particulière, qui, modifiant la condition légale et ordinaire de la propriété, asservit un héritage au profit d'un autre, en conférant à celui-ci un droit réel et spécial sur celui-là. L'héritage sur lequel ce droit exceptionnel est établi n'est plus semblable, légalement parlant, aux autres héritages : il a quelque chose de moins que ceux-ci ; il n'est plus libre comme les autres ; il est véritablement *en servitude.*

Les servitudes *naturelles* et les servitudes *légales* sont limi-

---

(*a*) Dans l'espèce, la cour de révision a jugé qu'une île située dans le fleuve St-Laurent, dans les limites de la paroisse de Berthier, constituait une enclave, vu que la seule communication à la voie publique de Berthier était en passant par une autre île. On n'a pas considéré comme praticable de traverser à Sorel, sur l'autre rive du fleuve, pour passer de nouveau à Berthier, et là atteindre la voie publique.

tées dans leur nombre : la loi elle-même a pris soin de les énumérer et de les régler dans leurs détails. Il n'en est pas de même des servitudes établies par le fait de l'homme : elles sont innombrables. La loi laisse aux propriétaires toute liberté à cet égard. Toutefois, à côté de ce principe de liberté, elle place une prohibition. Les propriétaires peuvent établir toutes les servitudes que bon leur semble, *pourvu* que le service qu'ils constituent ne soit pas contraire à l'ordre public. Ainsi, par exemple, la convention par laquelle un propriétaire stipulerait de son voisin le droit de pratiquer, sans observer les distances ou les précautions prescrites par l'article 532, une cheminée ou une forge sur le mur qui les sépare, serait nulle et de nul effet (*a*).

Cette prohibition ne présente aucune difficulté. Nous l'avons expliquée sous l'article 13, qui contient la règle générale que la loi applique ici à un cas particulier.

[[Le code Napoléon, je l'ai dit dans la note, défend d'imposer une servitude à une personne ou de la constituer en faveur de la personne. Cette défense a été jugée inutile dans notre titre, qui ne parle que des servitudes réelles. Cependant, je ferai mieux comprendre la nature de ces servitudes réelles en reproduisant le commentaire de cette double défense du droit français.]]

I. Les propriétaires peuvent établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas imposés à la personne.* Quel est le sens de cette prohibition ? La loi veut-elle dire que le propriétaire d'un fonds ne peut pas s'obliger personnellement à faire quelque chose en faveur de son voisin, à lui procurer quelque service ? Non, assurément ! Ainsi, le propriétaire d'un héritage

---

(*a*) Notre article 545 se lit comme suit :

545. "Tout propriétaire usant de ses droits et capable de disposer de "ses immeubles, peut établir sur et en faveur de ses immeubles telles "servitudes que bon lui semble, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire "à l'ordre public.

"L'usage et l'étendue de ces servitudes se déterminent d'après le titre "qui les constitue, ou d'après les règles qui suivent, si le titre ne s'en "explique pas."

Cet article ne diffère de l'article 686 du code Napoléon qu'en ce que ce dernier article ne parle pas de la jouissance des droits civils comme condition de la constitution de la servitude, ce qui du reste était superflu, et qu'il défend d'imposer une servitude à une personne ou en faveur d'une personne, mais cette défense était également inutile, puisqu'il ne s'agit, dans ce titre, que des servitudes réelles.

pourrait très valablement s'engager à faire de la musique sous les fenêtres de son voisin, à labourer son champ, à réparer sa maison... Cette convention n'aurait rien que de très licite ; elle engendrerait une *obligation* pour l'une des parties, une *créance* pour l'autre.

Il faut, pour comprendre la pensée de la loi, rappeler les caractères de la servitude. La servitude constitue une *qualité* passive du fonds servant, qualité qui le suit en quelques mains qu'il passe : tous ceux qui en deviennent propriétaires l'acquièrent avec la charge qui le grève. Toutefois, comme ils n'en sont tenus qu'en leur qualité de propriétaires, ils peuvent s'en affranchir par l'abandon de leur droit de propriété.

Mais, pour qu'un service ait ces caractères, c'est-à-dire pour qu'il constitue une qualité passive du fonds, transmissible à tous les acquéreurs successifs de ce fonds, avec la faculté pour eux de s'en affranchir par l'abandon du fonds lui-même, il faut qu'il soit tel que la personne qui a le droit de l'exiger puisse l'obtenir *sans le fait principal* du propriétaire qui doit le subir. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le service est tel qu'il ne puisse être procuré que par le fait principal, par l'*action* de celui qui l'a promis, la convention dont il est l'objet n'est point nulle sans doute ; mais au lieu d'engendrer une *servitude*, elle ne donne plus naissance qu'à une simple *obligation*. De là toutes les différences que nous avons signalées entre les *obligations* et les *servitudes*.

Ainsi, 1° au lieu d'acquérir un *droit réel* sur un héritage, un droit opposable au propriétaire actuel de cet héritage et à *tous* ceux qui l'acquerront dans la suite, le propriétaire, auquel ce service est dû, n'a plus qu'une *créance ordinaire*, qui n'a d'effet que contre celui dans la personne duquel l'obligation a pris naissance, et contre ses successeurs universels, ou à titre universel.

2° Le débiteur et ses héritiers, étant *personnellement* tenus, n'ont point, comme dans le cas de la servitude, la faculté de s'affranchir de leur obligation en faisant l'abandon du bien sur lequel doit s'accomplir le fait nécessaire pour procurer le service promis.

En d'autres termes, constituer une *servitude*, c'est attribuer au propriétaire d'un fonds, en tant que propriétaire de ce fonds, le droit de faire sur le nôtre certains actes de propriété, ou de nous empêcher d'y faire certains actes que nous pourrions exercer selon le droit commun de la propriété. La servitude consiste à *laisser faire* ou à *ne pas faire ;* elle ne consiste

jamais à *faire*. La promesse de faire sur son fonds quelque chose dans l'intérêt du propriétaire d'un fonds voisin ne constitue donc point une *servitude ;* elle n'engendre qu'une obligation.

Nous avons vu cependant que le propriétaire du fonds servant peut s'obliger à faire lui-même, et à ses frais, tous les ouvrages nécessaires pour l'usage et pour la conservation de la servitude (art. 554). Mais remarquez que, cette obligation de faire n'étant qu'un *accessoire* de la servitude, c'est le *fonds*, et non la *personne*, qui est obligé. D'où il suit :

1° Qu'elle s'éteint quand la servitude vient à s'éteindre ;

2° Qu'elle ne passe aux héritiers de celui qui l'a contractée qu'autant qu'ils ont eux-mêmes la propriété du fonds assujetti. Ils n'en sont pas tenus, s'ils ne le trouvent point dans la succession : s'il y est, ceux-là seulement en sont tenus qui l'ont dans leur lot.

3° Que si le propriétaire du fonds asservi aime mieux abandonner son droit de propriété que de faire les réparations qu'il est obligé de faire, il peut s'en décharger en abandonnant le fonds.

Ainsi, en résumé, ce que la loi [[française]] prohibe, c'est la convention en vertu de laquelle le propriétaire d'un fonds et *tous les acquéreurs successifs de ce fonds* seraient tenus, envers le propriétaire d'un autre héritage, d'un service *principal* dont ils ne pourraient s'affranchir que par l'abandon de leur droit de propriété. Cette convention n'est point pourtant dénuée de tout effet. Elle est nulle, en ce sens seulement qu'elle est impuissante à créer une qualité modificative du droit de propriété, une charge réelle du fonds, une *servitude*, en un mot ; mais, comme toute autre convention, elle engendre une *obligation* valable à l'égard du promettant et de ses successeurs universels ou à titre universel. Ce n'est qu'à l'égard des acquéreurs à titre particulier de l'héritage à l'occasion duquel elle a eu lieu qu'elle reste sans effet. Je m'explique par une espèce. Paul, propriétaire du fonds A, a promis que lui et tous les acquéreurs successifs de son fonds seraient obligés de faire tant de journées de travail sur un fonds voisin, ou de battre la mare qui se trouve dans le fonds A, chaque fois qu'un habitant de la maison voisine se trouverait malade : cette convention engendre bien une *obligation* personnelle de faire, obligation qui devra être exécutée par Paul, et après lui par ses successeurs universels ou à titre universel ; mais, à la différence des servitudes, qui suivent le fonds servant en quelque main

qu'il se trouve, elle ne passe point aux acquéreurs à titre particulier du fonds A ; ils ne pourraient en être tenus qu'autant qu'ils s'y seraient soumis par une clause formelle insérée dans leur titre d'acquisition (1).

II. Les propriétaires, [[dit l'art. 686 C. N.,]] peuvent établir en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, *pourvu que les services ne soient pas établis en faveur de leur personne.* Le but de cette prohibition est facile à comprendre. Il faut la traduire ainsi : on ne peut point attacher à la propriété d'un fonds des prérogatives qui profiteraient à perpétuité à tous les propriétaires de ce fonds, *sans en augmenter l'utilité ou l'agrément.* Si donc l'effet d'une concession qualifiée de *servitude* se bornait à procurer un agrément ou une utilité purement personnelle au propriétaire d'un héritage, sans aucun rapport avec l'utilité ou l'agrément de l'héritage lui-même, cette concession, nonobstant la qualification que lui auraient donnée les parties, et encore qu'elle eût été faite en faveur de tous les propriétaires successifs de l'héritage, serait impuissante à produire une servitude *réelle.*—Elle ne serait point pourtant complètemant inefficace. Nulle à l'effet de produire un service foncier, une *qualité* active du fonds, une servitude *réelle,* en un mot, elle vaudrait à l'effet de produire une servitude *personnelle,* sous le titre de *droit d'usage.*

Mais, entre une servitude *réelle* et une servitude *personnelle,* la différence est bien marquée. Lorsqu'une servitude est attachée à un fonds, elle en devient une *qualité* active qui le suit partout où il passe : quiconque l'acquiert, le reçoit avec cette qualité. Lors, au contraire, que la servitude est attachée à une personne, elle s'éteint avec elle, et ne passe, par conséquent, à aucun de ses successeurs.

J'ai stipulé de vous le droit de passer sur votre fonds pour l'exploitation d'un autre fonds qui m'appartient : le service dont il s'agit, étant établi directement, principalement, en faveur de mon fonds dont il augmente l'utilité, constitue une servitude *réelle* ou *prédiale :* c'est une qualité active de mon fonds, qui le suivra entre les mains de tous ceux qui, à un titre quelconque, en deviendront propriétaires.

J'ai stipulé de vous, pour moi et pour tous les acquéreurs successifs d'un fonds qui m'appartient, le droit de chasser sur

---

(1) Ajoutez qu'aux termes de l'art. 1667 " le contrat de louage de service personnel ne peut être que pour un *temps limité,* ou *pour une entreprise déterminée.*"

votre fonds, de m'y promener : le service qui a fait l'objet de notre convention se rapporte exclusivement à ma personne ; il n'augmente ni l'agrément ni l'utilité de mon fonds. Ce n'est point un service foncier attaché à mon héritage (1), c'est un service personnel attaché à ma personne ; ce n'est qu'un *droit d'usage* qui s'éteindra à ma mort, et qui, de mon vivant, ne passera aux acquéreurs de mon fonds qu'autant qu'une clause du titre d'acquisition en contiendra la concession expresse. Cette concession, du reste, n'en changera pas la nature : il s'éteindra donc par mon décès, comme s'il continuait de résider en ma personne (*a*).

[[La cour d'appel a jugé qu'il y avait servitude réelle lorsque, dans un acte de partage, l'une des parties avait stipulé que l'autre ferait, pour le bénéfice de sa propriété, une route sur son fonds : *Murray* & *Macpherson* (5 L. C. R., p. 359); et lorsqu'on est convenu que le propriétaire d'un emplacement aurait le droit de pacager des animaux sur une terre appartenant à un autre propriétaire : *Sauriol* v. *Sauriol* (16 R. L., p. 638), Ouimet, J.

Ajoutons que le conseil privé a jugé que la stipulation d'entretenir toute la largeur d'un chemin avec fossés et clôtures, par l'acquéreur d'une terre vis-à-vis de celle du vendeur, est une servitude réelle qui s'attache à l'immeuble de l'acquéreur : *Dorion & Le Séminaire de St-Sulpice* (cour d'appel, 16 Q. L. R., p. 246 ; conseil privé, 5 App. Cas., p. 362) (*b*)]].

L'usage et l'étendue des servitudes établies conformément aux principes que nous venons d'étudier se règlent par le titre qui les constitue, et, à défaut de titre, par les règles qui font l'objet des dispositions suivantes.

— Après avoir indiqué la nature et le caractère des servitudes réelles, la loi les divise en trois classes. Elles sont :

1° *Urbaines* ou *rurales ;*

2° *Continues* ou *discontinues ;*

---

(1) *Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest.* Paul L. 8 pr., D.; *De servit.* (VIII, I).

(*a*) Toutes ces considérations ont été développées *supra*, pp. 1 et suiv. Elles font bien voir que les prohibitions du code Napoléon étaient inutiles. Elles n'avaient pour but, du reste, que de ménager les susceptibilités de personnes ignorantes des principes du droit.

(*b*) Voy. aussi les causes de *Dorion & Rivet*, *Hamilton & Wall*, *Dupuis & Dufresne*, *Mondelet & Roy*, *McCuaig* v. *Chenier* et de *Hatte & Fauteux*, *supra*, pp. 9 et 10.

3° *Apparentes* ou *non apparentes* (a).

1° Les servitudes *urbaines* sont celles qui sont établies pour l'usage des bâtiments, situés, soit à la ville, soit même à la campagne. Les servitudes *rurales* sont celles qui sont établies pour l'usage des fonds de terre, [[sans égard à leur situation. C'est de l'héritage dominant que les servitudes prennent leur nom, indépendamment de la qualité du fonds servant.]]

Cette première division des servitudes, utile en droit romain (1), a perdu toute son utilité en passant dans notre code, elle n'a, en effet, aucune influence sur l'application des règles du droit.

2° Les servitudes *continues* sont celles dont l'usage *est* ou *peut être* continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes *discontinues* sont celles qui ont besoin du

---

(1) Voy. M. Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. 1er, p. 512 de la 3e édition.

(a) Ces définitions sont énoncées aux articles 546, 547 et 548 qui sont en ces termes :

546. " Les servitudes réelles sont établies ou pour l'usage des bâti-" ments ou pour celui des fonds de terre.

" Celles de la première espèce s'appellent urbaines, soit que les bâti-" ments auxquels elles sont dues sont situés à la ville ou à la campagne.

" Celles de la seconde espèce se nomment rurales, sans égard à leur " situation.

" C'est de l'héritage dominant que les servitudes prennent leur nom, " indépendemment de la qualité du fonds servant.

547. " Les servitudes sont ou continues ou discontinues.

" Les servitudes continues sont celles dont l'usage peut être continuel " sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ; tels sont les conduits " d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

" Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel " de l'homme pour être exercés ; tels sont les droits de passage, puisage, " pacage et autres semblables.

548 " Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

" Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages " extérieurs tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc, des canaux ou " égouts, et autres semblables.

" Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe " extérieur, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds " ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée."

Ces articles reproduisent en substance les articles 687 à 689 du code Napoléon. Remarquons toutefois que dans notre article 546, les mots qui suivent le mot " rurales " ne se trouvent pas dans la disposition correspondante du code Napoléon. Ces mots complètent du reste la pensée du législateur, et écartent la difficulté qui pourrait surgir du fait que le fonds servant et le fonds dominant seraient de nature différente.

fait actuel de l'homme pour être exercées ; tels sont les droits de passage, puisage, pacage, et autres semblables.

Remarquez, d'une part, qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'une servitude soit *continue*, qu'elle s'exerce *sans interruption*, que l'usage soit continu et incessant ; il suffit *qu'il puisse l'être*. Ainsi, la servitude d'*égout* est continue, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement. Elle est *continue* par cela seul que son exercice n'exige point le fait actuel du propriétaire du fonds dominant. La servitude continue est donc celle qui s'exerce, soit d'une manière continue, comme la servitude de *jour*, soit avec des intermittences, comme la servitude d'*égout*, mais, dans tous les cas, *sans le fait actuel de l'homme*.

D'autre part, qu'une servitude ne cesse pas d'être *continue* par cela seul que le fait actuel de l'homme est nécessaire pour lever un obstacle qui s'oppose à l'exercice de la servitude. Cette intervention passagère de l'homme n'en change pas la nature : car une servitude n'est *discontinue* qu'autant que le propriétaire n'en peut tirer profit qu'en accomplissant une *série de faits*, sans lesquels il serait impossible de retirer l'utilité qu'elle comporte. Mais, lorsqu'elle est telle, qu'une fois les choses placées dans l'état nécessaire à son exercice, elle peut s'exercer par elle-même, sans le fait actuel du propriétaire du fonds dominant, elle est continue. Ainsi, une servitude de prise d'eau est *continue*, quoiqu'il faille souvent, pour en user, ouvrir une écluse ou lever une bonde : une fois l'écluse ouverte ou la bonde levée, la prise d'eau s'exerce, en effet, d'elle-même, et sans le fait de celui qui en profite (1).

3° Les servitudes *apparentes* sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes *non apparentes* sont celles dont aucun signe extérieur ne révèle l'existence, comme, par exemple, la servitude *de ne pas bâtir*, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

Une servitude peut être :

Continue et *apparente* tout à la fois : telle est la servitude de vue ;

Continue sans être *apparente*, comme la servitude de ne pas bâtir ;

Apparente sans être *continue* : par exemple, la servitude

(1) MM. Demol., t. 12, n° 710 ; Aubry et Rau, t. 3, § 248, p. 66 ; Laurent, t. 8, n° 127.

de passage, lorsqu'il existe une porte ou un chemin qui en révèle l'existence :

Discontinue et *non apparente* tout à la fois, comme le droit de passage, lorsqu'aucun signe n'en révèle l'existence.

La double division des servitudes en *continues* et *discontinues*, en *apparentes* et *non apparentes*, est fort importante. Les règles qui les régissent, quant à leur *extinction*, ne sont point, en effet, applicables sans distinction à toute servitude. Des différences existent qui se rattachent aux deux divisions que nous venons d'étudier (voy. l'art. 563).

[[Remarquons, en outre, que les servitudes *discontinues* et *non apparentes* doivent être enregistrées, faute de quoi elles sont sans effet vis-à-vis des tiers acquéreurs et créanciers subséquents dont les droits ont été enregistrés (art. 2116*a*).

Je renvoie au titre de l'*Enregistrement des droits réels* pour l'explication de cette disposition et des arrêts qui l'ont interprétée. Il me suffira de dire qu'elle ne s'applique qu'à une servitude qui est à la fois non apparente et discontinue.

Dans la cause de *Deroche* v. *Gagné* (17 Q. L. R., p. 1 ; 21 R. L., p. 66), le juge Casault a jugé qu'un droit de passage est rendu apparent par l'existence d'une porte dans la clôture *qui sépare* les deux fonds dominant et servant, et que dans le cas d'un tel passage l'enregistrement n'est pas nécessaire (*a*).

A l'inverse, dans la cause de *Lebel* v. *Bélanger* (R. J. Q., 2 C. S., p. 331), le juge Cimon a décidé qu'un tuyau posé dans la terre pour conduire l'eau, lorsqu'il est recouvert de terre et surtout lorsque la terre elle-même est couverte de neige, étant non apparent, la servitude qui pourrait exister à son sujet est également, à ce moment, non apparente (*b*).]]

Les servitudes peuvent se diviser encore sous un autre rapport : elles sont,en effet, *positives* ou *négatives*.

La servitude *positive* est celle qui confère au propriétaire du fonds dominant le droit de faire certains actes de maître sur le fonds servant : telle est la servitude de passage.

La servitude *négative* est celle qui met le propriétaire du fonds servant dans la nécessité de s'abstenir de certains actes qu'il pourrait faire selon le droit commun : telle est la servitude de ne pas bâtir.

(*a*) Voyez aussi la décision de la cour de révision, à Montréal, dans *Mathews* v. *Brignon dit Lapierre* (M. L. R., 7 S. C., p. 425).

(*b*) Ce jugement a été confirmé par la cour de révision, à Québec, ainsi qu'il est dit à une note au rapport.

SECTION II. — COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES.

La loi reconnaît [[deux]] modes d'acquisition des servitudes, savoir :

1° *Le titre exprès ;*

2° *La destination du père de famille.*

[[Il est question du titre exprès dans notre article 549 qui se lit comme suit :

549. " Nulle servitude ne peut s'établir sans titre ; la possession, même immémoriale, ne suffit pas à cet effet."

Cet article diffère essentiellement de l'article 690 du code Napoléon qui range la prescription de trente ans parmi les modes d'acquisition des servitudes, tandis que notre article la repousse énergiquement. Dans notre droit, bien que les servitudes se prescrivent *passivement* par le non usage pendant trente ans entre âgés et non privilégiés (art. 562), elles ne se prescrivent pas *activement*, quelle que soit leur nature, même par la possession immémoriale. Notre article est conforme à l'article 186 de la coutume de Paris. D'ailleurs, la prescription du droit français est limitée, puisqu'elle ne s'applique qu'aux servitudes continues et apparentes (*a*).]]

(*a*) Je puis à ce sujet citer une remarque de Pothier, *Introd.* au titre XIII de la coutume d'Orléans, n° 8. " Si le possesseur de l'héritage " voisin," dit-il, " qui passait pour en être le propriétaire sans l'être effec- " tivement, m'accorde sur cet héritage un droit de servitude ; ce posses- " seur n'ayant pu me donner un droit dans une chose dans laquelle il " n'en avait pas lui-même, je n'en acquiers aucun ; mais j'acquiers au " moins *causam usucapiendi* : car, si, en vertu de ce titre, j'use pendant " trente ans du droit de servitude, j'acquerrai le droit par prescription. " Ma possession n'est pas en ce cas destituée de titre, puisque je possède " en vertu d'un titre d'acquisition *ab eo quem bonâ fide credebam dominum* " *esse* ; et ma possession ne peut passer pour une tolérance, puisque j'use " du droit de servitude en ce cas, *tanquam justè existimans me jus servitutis habere.* Bugnet, t. 1er, p. 314, note (1), conteste cette opinion quant aux servitudes qui ne se peuvent prescrire en France. Il fait observer que le vice qui forme obstacle à la prescription tient bien plus à la nature des actes d'exercice qu'à l'opinion de leur auteur.

Dans un ouvrage élémentaire comme celui-ci, il m'est impossible de toucher à toutes les questions qu'ont soulevées les glossateurs de la coutume de Paris ou les commentateurs du code Napoléon. Je puis dire cependant qu'on paraît avoir permis dans l'ancien droit la prescription d'un égout visiblement bâti, édifié et incorporé dans ou sur l'héritage voisin, pour le motif que cet égout était un droit de propriété plutôt qu'une servitude. Voy. Ferrière, *Grand Coutumier*, sur l'art. 186 de la coutume de Paris, t. 2, col. 1521, n° 10, et col. 1532, n° 5.

I. Du titre exprès.—Le mot *titre* est pris en cette matière en deux sens différents : il exprime tantôt la cause génératrice de la servitude, c'est-à-dire la convention ou le testament qui la crée, tantôt l'*écrit* qui constate le fait constitutif de la servitude.

C'est dans le premier sens que la loi l'emploie lorsqu'elle dit que les servitudes s'acquièrent *par titre.* C'est donc comme si elle disait : les servitudes peuvent s'acquérir soit par l'effet d'une *convention* (à titre gratuit où à titre onéreux) faite avec le propriétaire du fonds que l'on veut asservir, soit par l'effet d'un *testament*—Ce mode d'acquisition est *général* : il s'applique sans distinction à toute espèce de servitudes.

Il n'est pas nécessaire, pour l'établissement de la servitude, qu'elle soit décrite d'une manière complète dans le titre : il suffit qu'elle y soit désignée par la dénomination spéciale qui lui convient ; l'interprétation comble les lacunes qui s'y rencontrent. Ainsi, celui qui constitue une servitude est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Lorsque le titre original de la servitude, c'est-à-dire l'écrit où se trouve relatée la convention qui l'a constituée, est perdu ou détruit, on peut le remplacer par un autre titre, où l'existence de la servitude est *reconnue,* et qu'on appelle pour cela titre *récognitif.* Ce titre nouveau ne peut être donné que par le propriétaire du fonds assujetti (1).

[[C'est la disposition de l'article 550 qui se lit comme suit :

550. " Le titre constitutif de la servitude ne peut être rem-
" placé que par un acte récognitif émanant du propriétaire du
" fonds asservi " (*a*).

Dans la cause de *Soriole* v. *Potvin* (2 R. L., p. 570), le juge Berthelot a décidé qu'en matière de servitude le titre récognitif

---

(1) Aux termes de l'art. 1213, l'acte *récognitif* ne dispense point de l'obligation de la représention du titre *original, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée.* Cette disposition s'applique-t-elle au titre récognitif *d'une servitude ?*

La négative est généralement admise, L'art. 1213 est, dit-on, spécial aux actes récognitifs *des obligations.* [[Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 695 C. N., nº 3.]]

Cette solution m'a semblé arbitraire. Les règles qui forment la théorie des preuves s'appliquent aussi bien aux *droits réels* qu'aux *créances.* C'est un point que personne ne conteste. Pourquoi donc décider autrement dans l'espèce ?

(*a*) Cet article est tiré de l'article 695 du code Napoléon mais, bien entendu, il omet la réserve de ce dernier article quant aux servitudes qui peuvent, en France, s'acquérir par prescription.

doit être interprété strictement, et que ce titre ne peut effectivement relater que la teneur du titre constitutif.]]

Que s'il n'existe ni titre original ni titre récognitif de la servitude, le propriétaire du fonds dominant ne sera pas pour cela dénué de tout moyen de preuve : il lui restera, en effet, la preuve testimoniale, dans les cas où ce mode de preuve est admissible, conformément à l'article 1233 : et, dans tous les cas, la ressource de l'aveu et du serment.

[[Il y a quelques arrêts à noter sur la disposition de l'article 549.

Dans une cause de *Monastesse* v. *Christin* (8 L. C. J., p. 154), le juge Loranger a jugé que la possession à titre civil d'un héritage en faveur duquel il existe une servitude est un titre suffisant pour jouir de cette servitude.

Dans la cause de *Cross* v. *Judah* (15 L. C. J., p. 264, et 1 R. C., p. 242), la cour de révision, à Montréal, a jugé que celui qui est troublé dans la possession d'une servitude dont il a joui pendant un an et un jour, ne peut intenter l'action possessoire sans alléguer et produire son titre, car il n'y a pas de servitude sans titre ; que quand le droit de servitude est douteux en vertu d'un titre, le bénéfice du doute doit être donné à l'héritage servant (*a*).

La cour de révision, à Montréal, a décidé, dans la cause de *Théoret* v. *Ouimet* (4 Q. L. R., p. 250), que lorsqu'un passage a été ouvert et utilisé de temps immémorial, aucun titre n'est requis pour appuyer une action confessoire pour empiétement. Il est impossible d'apprécier cet arrêt, le texte du jugement n'est pas donné et les courtes remarques du juge Mackay n'expliquent pas le genre de passage dont il s'agissait. Nous avons vu *supra*, p. 135, que, dans la cause de *Parent* v. *Daigle* (4 Q. L. R., p. 154), le juge en chef Meredith a exprimé l'avis

(*a*) J'ai dit *supra*, p. 7, que le propriétaire d'une servitude ne peut exercer l'action possessoire. Je me suis basé sur le motif qu'en France on refuse précisément l'action possessoire en matière de servitudes discontinues, parce que ces servitudes ne peuvent s'y acquérir par prescription (comp. Laurent, t. 8, nº 288). Or dans notre droit aucune servitude ne peut s'acquérir par prescription. Cependant, on paraît dans l'ancien droit avoir permis la complainte en matière de servitude, pourvu que le demandeur alléguât son titre. Voy. Ferrière, *Grand Coutumier*, sur l'art. 186 de la coutume de Paris, t. 2, glose 1ère, nº 7, col. 1520. Voy. aussi Aulanier, *Actions possessoires*, nº 116. Je crois qu'on ferait bien d'exercer alors l'action confessoire, voy. *supra*, p. 14, en produisant, bien entendu, ses titres, car ce qu'il y a de clair là dedans, c'est que le titre est essentiel.

que la possession peut être invoquée pour localiser un passage auquel une enclave a droit (*a*).

Le juge Meredith a également jugé, dans la cause de *Stringer* v. *Crawford* (5 Q. L. R., p. 89), que la possession, bien qu'elle puisse tenir lieu de l'enregistrement pour empêcher l'acquisition d'une servitude, n'équivaut pas à l'enregistrement quand il s'agit d'acquérir cette servitude.

Dans la cause de *Tétu* & *Gibb* (10 R. L., p. 483; 5 Q. L. R., p. 172), la cour d'appel a décidé que des faits de jouissance ne suffisent pas seuls pour établir une servitude de passage, mais qu'ils servent à expliquer les réserves de droits de servitude et de passage contenus aux titres et l'intention des parties à ces titres.

Le principe de notre article que l'acquisition de la servitude ne peut avoir pour base la possession, a été affirmé par le juge Angers, dans la cause de *Bélanger* v. *Dupont* (13 Q. L. R., p. 115), et par la cour suprême dans la cause de *Jones* & *Fisher* (13 L. N., p. 217; 17 *Supreme Court Repts*, p. 515).

Dans la cause de *Roy* & *Rodrigue* (18 R. L., p. 391, et 15 Q. L. R., p. 191), la cour d'appel a jugé qu'un propriétaire qui, avec le consentement de son voisin, a fait passer sur le terrain de ce dernier un aqueduc pour conduire l'eau d'une rivière à son fonds, a droit d'obtenir un titre à cette servitude, quand même il n'y aurait pas eu entente sur le prix du terrain et les dommages que le propriétaire peut réclamer (*b*).

Le juge Andrews a décidé, dans la cause de *Perron* v. *Blouin* (16 Q. L. R., p. 91), que, sur action négatoire concernant un chemin sur la propriété du demandeur, le défendeur peut plaider que le chemin a été utilisé de temps immémorial par lui et plusieurs autres voisins contigus pour se rendre à leurs terres, qui seraient inaccessibles sans ce chemin, et pour les exploiter, et que ce plaidoyer peut se prouver par preuve testimoniale. Il s'agissait dans l'espèce d'une enclave.

Enfin, dans la cause de *Les Président et Syndics de la commune de Berthier* v. *Denis*, la cour de révision, à Montréal,

---

(*a*) Voy. aussi note (*a*), p. 135 *supra*.

(*b*) Dans cette cause, la cour de révision (15 Q. L. R., p. 116) paraît avoir exprimé l'avis que le mot *titre* ne veut pas dire exclusivement un titre écrit, mais que si une personne alléguait avoir acheté verbalement un droit de servitude, il lui serait permis d'établir son allégation par une preuve légale, comme par le serment de la partie adverse, et que cette preuve ayant été faite, son titre à la servitude se trouverait prouvé. Cette doctrine me semble incontestable.

a jugé, le 30 novembre 1896, qu'un défendeur poursuivi par voie d'action négatoire au sujet d'une servitude qu'il prétend avoir droit d'exercer, qui répond qu'il a droit à cette servitude en vertu de la loi ou en vertu d'un titre, fait une bonne défense, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il fasse une demande incidente pour constater son droit à cette servitude (*a*) ; que l'article 549 ne s'applique qu'aux servitudes établies par le fait de l'homme et non pas aux servitudes légales ou naturelles (*b*).

II. De la destination du père de famille. — Ce second mode d'acquisition de servitudes est celui qui exigeait le plus d'explications et c'est précisément celui que le législateur a laissé le plus dans l'ombre. Nous n'avons en effet qu'un seul article sur ce sujet, lequel se rapporte surtout à la preuve de la destination du père de famille. " En fait de servitude," dit l'article 551, " la destination du père de famille vaut titre, mais seulement " lorsqu'elle est par écrit, et que la nature, l'étendue et la situa- " tion en sont spécifiées." Il nous faut donc, car l'article 551 ne s'en explique pas, définir la destination du père de famille, et voir à quelles servitudes elle s'applique.

1° *Définition et nature de la destination du père de famille.* —On peut définir la *destination du père de famille*, la disposition et l'arrangement que fait le propriétaire de deux fonds, ou même d'un seul fonds, au moyen de quoi l'un de ces fonds, ou une partie d'un fonds, est destiné au service de l'autre (*c*). " Lorsque," dit Pothier, sur l'article 228 de la coutume d'Orléans, " deux héritages appartiennent au même maître, le " service que l'un d'eux tire de l'autre, comme lorsqu'une " maison a une vue ou un égout sur l'autre, n'est pas servi-

---

(*a*) Dans la cause *Parent* v. *Daigle* (4 Q. L. R., p. 154), le juge Casault a exprimé l'avis qu'une demande incidente était nécessaire, le juge en chef Meredith, au contraire, était d'avis que la servitude pouvait être réclamée par une défense. Dans ces deux cas il y avait allégation d'enclave.

(*b*) Cet arrêt sera rapporté R. J. Q., 11 C. S.
La cour de révision était composée des juges Bourgeois, Mathieu et Tellier, ce dernier différant. On y a cité un arrêt de la cour de cassation du 15 juin 1875, Sirey, 1876. 1. 349.

(*c*) Lalaure, *Traité des Servitudes réelles*, p. 254, dit que " la destination " de père de famille est la disposition et l'arrangement que lui-même a " fait dans une ou plusieurs maisons, pour sa commodité, ou pour satis- " faire sa fantaisie." J'ai préféré indiquer le service que l'un des fonds tire de l'autre.

" tude, *quia res sua nemini servit ;* c'est *destination de père* " *de famille.* Si, par la suite, ces maisons viennent à appar- " tenir à différents maîtres, soit par l'aliénation que le pro- " priétaire fera de l'une de ces maisons, ou par le partage " qui se fera entre ses héritiers, le service que l'une des maisons " tire de l'autre, qui était *destination de père de famille*, lors- " qu'elles appartenaient à un même maître, devient un droit " de servitude que le propriétaire de cette maison a sur la " maison voisine de qui la sienne tire ce service, sans qu'il soit " besoin que, par l'aliénation qui a été faite de l'une de ces " deux maisons, ou par le partage, cette servitude ait été " expressément constituée. La raison est, que la maison qui " a été aliénée est censée l'avoir été en l'état qu'elle se trouvait ; " et pareillement, que lorsqu'elles ont été partagées, elles sont " censées l'avoir été telles qu'elles se trouvaient ; et, par consé- " quent, l'une, comme ayant la vue, l'égout, etc., sur l'autre ; " et l'autre comme souffrant cette vue, cet égout, etc. ; ce qui " suffit pour établir la servitude. C'est ce que signifie notre " coutume, par ces termes : *Destination de père de famille* " *vaut titre.*"

Voilà la nature de cette destination de père de famille qui, sous les conditions prescrites par la loi, peut servir de titre à une servitude ! Elle suppose deux choses : possession de deux fonds par un propriétaire ; arrangement, pendant cette possession et par ce propriétaire, qui constituerait une servitude si les fonds appartenaient à deux maîtres. Il est évident qu'elle peut affecter deux parties du même fonds comme deux fonds distincts ; l'essentiel, c'est que l'un de ces fonds ou que l'une des parties d'un fonds soit affecté au service de l'autre.

Notre article 551 est tiré de l'article 216 de la coutume de Paris, dont la disposition n'est pas moins laconique que celle de notre code. " Destination de père de famille," dit cet article, " vaut titre, quand elle est, ou a été par écrit, et non autre- " ment " (*a*). Mais cette disposition suit celle de l'article 215 de la même coutume, et énonce une exception à la règle que ce dernier article formule.

L'article 215 porte que " quand un père de famille met hors " ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer " quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses " mains ou quelles il constitue sur le sien, et les faut nommé-

---

(*a*) L'article 228 de la coutume d'Orléans s'exprime identiquement dans les mêmes termes.

" ment et spécialement déclarer, tant pour l'endroit, grandeur,
" hauteur, mesure, qu'espèce de servitude; autrement toutes
" constitutions générales de servitude, sans les déclarer comme
" dessus, ne valent" (*a*).

Suivant l'interprétation qu'on donnait généralement aux articles 215 et 216 de la coutume de Paris, il fallait, dans tous les cas, que ces servitudes fussent constituées expressément et spécialement nommées et désignées, l'espèce et la forme d'icelles bien expliquées par écrit ; moyennant quoi, ceux qui devenaient propriétaires des maisons et héritages ne se pouvaient défendre de souffrir les servitudes établies de cette sorte ; au contraire, si les servitudes n'étaient établies qu'en termes généraux, quoiqu'elles fussent par écrit, elles n'étaient pas dues et ne pouvaient pas subsister, et elles étaient supprimées, comme contraires à la liberté naturelle des héritages (*b*).

Cette interprétation faisait dire à Duplessis que les mots de l'article 216 "*quand la destination est ou a été par écrit et non autrement*" opéraient le même effet que si l'on avait rayé l'article. Et Merlin, Répertoire, v° *servitudes*, critiquant cette doctrine, adopte au contraire celle de Pothier (*c*), qui voyait, dans l'article 216, une exception au principe de l'article 215. " Le premier de ces articles," dit Merlin, " exige que,
" dans un acte d'aliénation, le père de famille spécifie, de
" manière à ne pas s'y méprendre, les servitudes qu'il voudrait
" avoir le droit de constituer sur celle dont il fait l'aliénation.
" Mais si ces servitudes existaient déjà lorsque les deux mai-

(*a*) Ces deux dispositions de la coutume de Paris ont été ajoutées lors de la réformation de cette coutume en 1580. Auparavant, l'écrit n'était pas essentiel à la constitution de la servitude par destination du père de famille.

(*b*) Cette interprétation et ce langage sont ceux de Goupy, cité par Merlin, Répertoire, v° *servitudes*, § 17. Voy. aussi Lalaure, p. 256.

(*c*) Sur l'art. 227 de la coutume d'Orléans. Il explique les termes de l'article 215 de la coutume de Paris (l'art. 227 de la coutume d'Orléans), comme suit :—

" Comme s'il était dit, en termes vagues, que votre maison serait
" serve de la mienne, sans exprimer quelle espèce de droit de servitude
" j'aurais ; ou s'il était dit que j'aurais droit de vue sur votre maison
" sans exprimer à quel endroit je pourrais ouvrir une fenêtre, et de
" quelle grandeur elle serait : telles constitutions de servitude seraient
" de nul effet, à moins que ce vice d'indétermination ne se trouvât purgé
" par quelque écrit qui fût explicatif de l'espèce et de la qualité de la
" servitude."

Voy. aussi le passage cité plus haut, p. 151.

" sons étaient dans ses mains (sinon comme servitudes, au " moins comme destination de père de famille), il suffit, pour " les conserver, soit par lui-même, soit par l'acquéreur, quand " il a vendu l'une des deux maisons, soit par ses héritiers ou " ses légataires, lorsqu'ils en font le partage, qu'il y ait une " preuve par écrit de ces arrangements de famille, pour qu'ils " forment de véritables servitudes, quand bien même il n'en " serait rien dit dans le contrat, le testament ou le partage " qui a mis les deux maisons dans des mains différentes. A " plus forte raison n'est-il pas nécessaire que la servitude soit " spécifiée en la manière prescrite par l'art. 215 de la coutume " de Paris."

Et Pothier (*a*), comme nous le verrons plus loin, disait que la preuve écrite de la destination pouvait résulter du marché par écrit qui aurait été fait pour la construction, des quittances des ouvriers ou de quelque acte qui contiendrait une description des maisons.

Je crois que nous pouvons regarder cette interprétation plus libérale des articles 215 et 216 de la coutume de Paris comme étant le dernier état de la jurisprudence, et c'est aussi celle qui devrait, à mon avis, régir l'article 551 du code civil (*b*).

Je crois également que les codificateurs, en copiant l'article 216 de la coutume de Paris et en ne reproduisant, de l'article 215, que la partie qui exige la mention de la nature, de l'étendue et de la situation de la servitude, ont consacré cette interprétation S'ils ont négligé d'affirmer que le propriétaire qui met hors de ses mains partie de sa maison, " doit *spécialement déclarer* quelles servitudes il retient sur l'héritage " qu'il met hors ses mains et quelles il constitue sur le sien, et

(*a*) Sur l'art. 228 de la coutume d'Orléans.

(*b*) La cour de cassation, en France, par un arrêt du 21 juin 1876 (Sirey, 1877. 1. 271 ; Journal du Palais, 1877. 676 ; Dalloz, 1877. 1. 227), a jugé que sous la coutume de Paris, la règle que les servitudes par destination de père de famille n'étaient admises qu'à la condition d'être expressément stipulées par écrit (Merlin, nous l'avons vu, n'admet pas cette interprétation), ne s'appliquait pas aux servitudes nécessaires et apparentes ou résultant de travaux incorporés au fonds asservi. Je citerai plus loin un passage de Lalaure qui justifie bien cette décision, mais—sauf la distinction que je tirerai de la nouvelle disposition de l'art. 2116*a* entre les servitudes occultes et discontinues et les servitudes continues et apparentes — je crois que je puis, en me basant sur la doctrine de Pothier et de Merlin et sur les termes mêmes de notre article 551, écarter cette interprétation rigoureuse des articles 215 et 216 de la coutume de Paris.

" les faut *nommément et spécialement déclarer,*" ce n'est pas parce que constitution générale de servitudes vaut dans notre droit — ce qui serait contraire à notre article 549 (*a*) — mais parce que l'on en était arrivé à annuler l'article 216 de la coutume en faisant prévaloir l'article 215. Je crois donc que nous devons accepter l'interprétation de Pothier et de Merlin et nous contenter d'une preuve écrite de l'arrangement de famille, c'est-à-dire de la destination du père de famille, pourvu que cette preuve établisse la nature, l'étendue et la situation de la servitude. Je reviendrai plus loin sur cette question de la preuve de la destination.

Donc, la destination du père de famille est un arrangement qui crée des rapports de service entre deux fonds ou deux parties du même fonds appartenant au même propriétaire. Il faut que cet arrangement ait été fait par le propriétaire de ces deux fonds (*b*) ; un arrangement qui n'aurait pour auteur qu'un locataire ou fermier, ne créerait pas la destination du père de famille ; il en est de même, nous l'avons vu ailleurs, dans le cas des immeubles par destination. Cependant, on convient assez généralement, en France (*c*), que si le propriétaire a maintenu un arrangement fait par un fermier ou locataire, il y aura une destination suffisante, mais encore faudrait-il, dans notre droit, que la volonté de maintenir cet arrangement fût prouvée par un écrit émanant du propriétaire, par exemple, par la quittance de l'indemnité payée par le propriétaire au locataire pour les améliorations faites par ce dernier à l'immeuble loué.

2° *Preuve de la destination.*—L'article 551, suivant en cela la disposition de l'article 216 de la coutume de Paris, exige que cette destination soit constatée par un écrit spécifiant la nature, l'étendue et la situation de la servitude. Est-ce à dire, que par l'acte d'aliénation d'un des fonds, cette servitude doive être expressément stipulée ? Je ne le crois pas, ainsi que je l'ai dit plus haut, car alors il ne s'agirait plus d'une servitude résultant de l'état des lieux, mais d'une servitude créée par la convention expresse des parties. Entendu ainsi, l'article 551 serait un non-sens, car il importerait peu que le propriétaire

---

(*a*) Il suffit, cependant, lorsqu'il n'est pas question de servitudes par destination du père de famille, que la servitude soit désignée par la dénomination spéciale qui lui convient. Voy. *supra*, p 148.

(*b*) Voy. la définition de Lalaure citée *supra* p. 151, note (*c*).

(*c*) Voy Sirey et Gilbert sur les art. 692 à 694 C. N., nos 5 à 7.

de deux fonds eût destiné l'un de ces fonds au service de l'autre, du moment qu'il serait nécessaire de stipuler expressément la servitude.

Je ne veux pas répéter ici les arguments que j'ai exposés plus haut, mais je puis faire remarquer que Pothier, dans le passage que j'ai cité, enseigne que la destination du père de famille devient un droit de servitude, " sans qu'il soit besoin que, " par l'aliénation qui a été faite de l'une de ces deux maisons, " ou par le partage, cette servitude ait été expressément cons- " tituée." Le même auteur ajoute que le sens de ces mots : *quand la destination est par écrit*, est " que celui qui prétend " un droit de servitude sur la maison voisine, en conséquence " d'une destination de père de famille, doit, si le voisin discon- " vient de cette destination, en avoir la preuve par écrit ; et, " il ne serait pas admis à la preuve par témoins. Par exemple, " s'il s'agit d'un droit de servitude de vue ou d'égout, il doit " avoir la preuve littérale que la fenêtre ou l'égout existaient " dès le temps que les deux maisons appartenaient au même " maître ; ce qui peut s'établir par le marché par écrit qui " aurait été fait pour la construction, par les quittances des " ouvriers, ou par quelque acte qui contiendrait une descrip- " tion de ces maisons, dans laquelle la fenêtre ou l'égout " seraient énoncés." Cet écrit devrait en outre, aux termes formels de notre article, spécifier la nature, l'étendue et la situation du service.

L'article 216 de la coutume de Paris exigeant que la destination fût ou *eût été* par écrit, les auteurs qui l'ont commenté se sont demandé si la preuve testimoniale devait être reçue quand la preuve écrite avait été perdue Cependant, la plupart de ces commentateurs n'admettaient cette preuve testimoniale que lorsque l'écrit avait été détruit dans un incendie, ruine ou autre cas fortuit, et sur preuve préalable de cette destruction (*a*). Il n'y a aucune difficulté à accueillir cette décision dans notre droit. Aux termes de l'article 1233, la preuve testimoniale est admissible " dans les cas où la preuve " écrite a été perdue par cas imprévu, ou se trouve en la pos- " session de la partie adverse sans collusion de la partie récla- " clamante et ne peut être produite."

3° *Quelles servitudes peuvent être créées par destination du père de famille.*—Mais à quelles servitudes faut-il appliquer la

(*a*) Pothier, sur l'art 228 de la coutume d'Orléans, note (3) ; Lalaure, p. 263 ; Ferrière, sur l'art. 216 de la coutume de Paris.

destination du père de famille : aux servitudes continues et apparentes seulement, ou à toutes les servitudes indistinctement ? Notre code ne distingue pas, sa disposition " en fait de servitudes " est générale. Comme nous le verrons plus loin, les servitudes continues et apparentes peuvent seules être l'objet d'une destination de père de famille dans le droit français moderne, sauf une disposition spéciale quant aux servitudes qui ne sont qu'apparentes. Remarquons en outre que Lalaure, p. 257, après avoir enseigné qu'il faut faire mention spéciale de la servitude dans l'acte d'aliénation ou de partage (*a*) ajoute : " Il y a cependant des cas où la destination du père de famille " doit subsister, quoiqu'elle ne soit pas écrite d'une manière " absolument précise : dans ces cas, dis-je, pour peu qu'elle " soit *manifestée*, elle doit avoir lieu (*b*)." Et il pose l'espèce suivante :—

" Je suis propriétaire de la maison blanche et de la maison " rouge qui se touchent toutes les deux. Les eaux de la maison " blanche s'écoulent par des conduits de plomb qui sont visi- " bles, dans la cour de la maison rouge, et il y a un cabinet " dépendant de la maison rouge, qui avance en saillie sur le " jardin de la maison blanche.

" Par mon testament je lègue ma maison rouge à Pierre, et " ma maison blanche à Paul, à condition par eux d'en jouir " dans l'état où elles sont. Alors, quoique les servitudes ne " soient pas absolument désignées par écrit, le testament qui " fait le titre de propriété des légataires, venant au secours " de la destination du père du famille, je pense que les servi- " tudes d'égout ou saillie doivent subsister ; parce que l'obstacle " que l'un des légataires mettrait à ces servitudes, serait une " contravention à la condition sous laquelle la propriété de " ces maisons leur est passée à titre de legs. *Secus*, s'il s'agis- " sait d'une autre servitude qui ne serait tracée par aucune " destination apparente, telle que celle de passage."

On peut voir là une distinction tracée d'une manière non équivoque, entre les servitudes apparentes et continues d'un côté et les servitudes discontinues et occultes de l'autre ; et il semble difficile de nier que cette distinction ne soit fondée sur la nature même des choses. Une servitude apparente et continue est une chose dont l'acquéreur a pu se rendre compte

---

(*a*) Pothier et Merlin, *locis citatis*, rejettent cette doctrine.

(*b*) L'arrêt de la cour de citation cité plus haut, p. 154, note (*b*), est dans ce sens.

de lui-même et par le témoignage de ses yeux. C'est une partie même de l'immeuble vendu ou légué, car, comme le disait Guy Coquille (sur Nivernais, tit. X, art. 2), "la forme, "l'état et la face de l'œuvre font partie de la chose vendue." Il n'en est pas ainsi des servitudes discontinues et occultes, l'acquéreur n'a pas pu s'en rendre compte ; s'il s'est engagé à prendre la chose dans l'état où elle se trouve, ne peut-on pas dire qu'il n'a entendu s'obliger que pour ce qui était apparent et non quant à ce qui était caché (a) ?

Cependant, le législateur n'ayant pas accueilli cette distinction, l'interprète ne peut le faire non plus. Au fond, je crois qu'il s'agit surtout d'une question d'interprétation de l'intention des parties ; les tribunaux détermineront dans chaque cas quelle preuve de la servitude sera suffisante, et il est clair que la destination du père de famille aura plus de poids lorsqu'elle est apparente et écrite pour ainsi dire à la face même de l'mmeuble. On peut invoquer d'aill urs l'article 2116*a*, ajouté au code par le statut de Québec, 44-45, Vic., ch. 6, qui dit qu'à défaut "d'enregistrement, nulle servitude réelle, contractuelle, " discontinue et non apparente, n'a d'effet vis-à-vis des tiers " acquéreurs et créanciers subséquents dont les droits ont été " enregistrés."

On a jugé, dans la cause de *Déroche* v. *Gagné* (17 Q. L. R., p. 1), qu'une servitude qui est apparente quoique discontinue, comme un passage rendu manifeste par des marques extérieures, ne requiert pas l'enregistrement. Quant aux servitudes occultes, au contraire, l'enregistrement à l'égard des tiers acquéreurs et créanciers subséquents dont les droits sont enregistrés est essentiel. Est-ce à dire qu'il faille excepter ces servitudes de la règle générale de l'article 251 et exiger, dans leur cas, qu'elles soient stipulées d'une manière expresse ? Le législateur ne va pas aussi loin que cela. Il exige que la servitude occulte soit enregistrée lorsqu'on veut l'opposer à un tiers acquéreur ou créancier subséquent dont les droits sont enregistrés. Soit donc un marché devant notaire pour la construction de deux maisons, stipulant que les tuyaux d'égout d'une maison passeront en dessous de l'autre maison. Il me semble, cette servitude trouvant son titre dans la destination du constructeur constatée par écrit dans le marché pour la construction des maisons, que l'on remplira suffisamment les exigences de l'ar-

(a) C'est précisément pour cette raison que l'art. 2116*a* exige l'enregistrement des servitudes discontinues et non apparentes.

ticle 2116*a*, en faisant enregistrer le titre de cette servitude, c'est-à-dire le marché en vertu duquel l'égout a été fait. Je ne vois donc pas, dans l'article 2116*a*, une raison de restreindre la généralité des termes de l'article 251. Ce n'est là qu'une formalité additionnelle que le législateur prescrit pour protéger les tiers acquéreurs et les créanciers subséquents dont les droits sont enregistrés, et si cette formalité est accomplie, la servitude même occulte, créée par la destination du père de famille, peut être invoquée à l'égard de tout le monde(*a*).

4° *Différences entre notre droit et le droit français moderne* —Il existe entre notre droit et le droit français moderne, sur les servitudes par destination de père de famille, des différences de phraséologie et de fond telles, que j'ai cru devoir traiter moi-même cette question, sans m'aider du commentaire de Mourlon. Je vais maintenant rendre compte de la doctrine française.

Le code Napoléon, en présence de coutumes variant à l'infini, a adopté un système qui s'écarte de celui de la coutume de Paris et, partant, de la doctrine de notre code. Les trois articles qu'il consacre aux servitudes par destination du père de famille, se lisent comme suit :

692. " La destination du père de famille vaut titre à l'égard " des servitudes continues et apparentes.

693. " Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il " est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont " appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les " choses ont été mises dans l'état d'où résulte la servitude.

694. " Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il " existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des " héritages sans que le contrat contienne aucune convention " relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou " passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds " aliéné."

Les articles 692 et 693 du code Napoléon diffèrent de notre droit en ce que l'on n'exige pas en France que la destination soit constatée par écrit. On enseigne par conséquent que cette destination peut être établie par toute espèce de preuve(*a*).

(*a*) Merlin, *loco citato*, appliquait aux servitudes, généralement, sans distinguer une espèce de l'autre, les dispositions de la coutume de Paris.

(*a*) Demolombe, t. 12, n° 812 ; Laurent, t. 8, n° 181 ; Aubry et Rau, t. 3, § 252, p. 85. Il y a, cependant, quelques dissidences. Voy., au surplus, Sirey & Gilbert, sur ces articles, n°s 3 et 4.

De plus, ces articles ne s'appliquent qu'aux servitudes continues et apparentes. Notre article 551 ne distingue pas, mais, quant à l'enregistrement de la servitude occulte, on pourra trouver, dans la disposition de notre article 2116*a*, un motif d'accueillir cette distinction à l'égard des tiers acquéreurs et créanciers subséquents dont les droits sont enregistrés.

L'article 694 du code Napoléon a suscité de nombreuses controverses et on a imaginé pas moins de cinq systèmes pour l'expliquer. En effet, tandis que les articles 692 et 693 parlent de servitudes continues et apparentes, l'article 694 ne s'occupe que des servitudes apparentes. De ces cinq systèmes, trois sont universellement rejetés. Sur les deux qui restent, le premier enseigne qu'il ne s'agit, dans l'article 694, que du rétablissement d'une ancienne servitude éteinte par la réunion, dans les mêmes mains, des fonds dominant et servant. Alors, pour peu que la servitude soit apparente, l'aliénation de l'un des fonds la rétablit de plein droit ; la chose parle d'elle-même. Suivant le second système, il n'y a là qu'une question de preuve. Dans l'espèce des articles 692 et 693, c'est-à-dire si la servitude est tout à la fois continue et apparente, il n'est pas nécessaire que celui qui invoque la destination apporte l'acte qui a opéré la division des héritages. Au contraire, dans l'hypothèse de l'article 694, c'est-à-dire quand la servitude n'est qu'apparente, il doit représenter le titre, car la destination ne vaut alors qu'autant que le titre de séparation ne contient aucune réserve contre l'établissement de la servitude. Ce système est celui de la plupart des auteurs (*a*).

5° *Aliénation d'un immeuble avec clause générale d'affranchissement de servitudes.*—Une difficulté reste à résoudre. Le propriétaire de deux maisons en vend une avec clause générale d'affranchissement de toute servitude. Ainsi, il est dit dans l'acte de vente, comme c'est d'ailleurs la coutume, que l'immeuble est vendu franc et libre de toutes servitudes et charges quelconques. Peut-on, malgré cette clause, réclamer la servitude créée par la destination du père de famille ? La question est controversée.

Pour l'affirmative, on dit que cette clause est purement de style et ne s'applique qu'aux servitudes qui ont besoin d'être stipulées expressément ; que, si on lui donnait l'effet d'empêcher la création de la servitude par destination, on forcerait

---

(*a*) Voy. Sirey & Gilbert sur les art. 692-694 C. N., n°s 19 et suiv.

le propriétaire de stipuler cette servitude d'une manière expresse et on se montrerait plus exigeant que la loi elle-même, qui fait résulter la servitude de la disposition des lieux ; que, d'ailleurs, l'acquéreur a pu visiter l'immeuble et il l'achète dans son état actuel ; bien plus, on peut lui opposer une autre clause générale qui s'insère toujours dans ces actes, par laquelle il déclare qu'il a visité l'héritage et s'en trouve content et satisfait.

La cour de cassation, par un arrêt du 2 février 1825, a adopté cette solution, jugeant que " lorsque le propriétaire " de deux maisons en a vendu une avec la clause générale " d'affranchissement de toute servitude, cette clause générale " ne suffit pas pour affranchir la maison vendue de la charge " d'une servitude qui existait avant la vente, au profit de " l'autre maison. L'affranchissement de la servitude ne peut " résulter, en ce cas, que d'une stipulation expresse ". Sirey, 1825. 1. 363. Il y a un autre arrêt du même tribunal au même effet : Sirey, 1825. 1. 362.

Demolombe (t. 12, nº 825) et Aubry et Rau (t. 3, § 252, note 8) sont du même avis et enseignent que, règle générale, et à moins de circonstances particulières contraires, la clause générale d'affranchissement sera insuffisante pour empêcher le maintien de la servitude (*a*).

Pour la négative, on dit que, puisque les servitudes par destination de père de famille sont créées tacitement, elles peuvent s'éteindre de la même manière par application du principe : *nihil tam naturale est, quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt !* On ajoute—mais cet argument n'a pas la même portée dans notre droit que dans le droit français, à cause de la différence des textes—que la servitude par destination de père de famille ne peut être réclamée qu'à défaut de titre ; or la clause d'affranchissement de toute servitude est un titre et un titre contraire. On cite à l'appui un arrêt de la cour de cassation du 5 avril 1836 (Palais, t. 27, p. 1225), jugeant que la destination de père de famille ne peut être invoquée que dans le silence des titres.

On dit enfin que l'arrêt du 2 février 1825 n'a prononcé que sur une simple question d'interprétation de contrat et qu'elle n'a jugé qu'en fait et non en droit (*b*).

Je crois que l'affirmative doit l'emporter en thèse générale,

---

(*a*) *Junge*, Laurent, t. 8, nº 187.

(*b*) Voy. Solon, *Servitudes*, nº 392.

et sauf à apprécier les stipulations de chaque contrat et les circonstances de chaque espèce. Sans aller jusqu'à affirmer avec Laurent que les clauses générales ne sont pas une convention des parties contractantes, mais une simple formule de style, on peut dire que, pour ce qui se rapporte aux servitudes qui résultent de la disposition des lieux, comme la servitude par destination de père de famille, l'effet de la clause d'affranchissement serait détruit par la clause générale qui porte que l'acquéreur a acheté après avoir visité l'immeuble et s'en être déclaré content et satisfait. Or la servitude par destination de père de famille, c'est, je l'ai dit, une partie de la chose. Mais j'ajouterai avec Demolombe qu'il s'agit surtout ici d'une question d'interprétation, sur laquelle les faits et les circonstances peuvent exercer beaucoup d'influence, et à laquelle on ne saurait donner *a priori* une solution absolue.

6° *Jurisprudence* —Nous n'avons guère de jurisprudence sur le principe de l'article 551. Je me contenterai de citer les causes de *Tétu & Gibb*, cour d'appel (5 Q. L. R., p. 172), de *Fisher & Evans*, même cour (M. L. R., 1 Q. B., p. 415 ; 29 L. C. J., p. 258) et de *Starr & Leprohon*, cour d'appel (R. J. Q., 3 B. R., p. 1), cour supérieure (R. J. Q., 1 C. S., p. 1). Tous ces arrêts sont des arrêts d'espèce, et les tribunaux n'y ont cherché qu'à interpréter des actes. Je puis dire cependant que, dans la dernière cause, la cour d'appel a jugé que l'indication d'un passage sur un plan préparé aux fins d'un acte de partage ne constitue pas une destination par écrit, et que, quand même il en serait résulté une servitude, cette servitude n'aurait pu être invoquée contre un tiers acquéreur, que si le plan avait été enregistré en même temps que l'acte de partage.]]

SECTION III. — DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE DU FONDS AUQUEL LA SERVITUDE EST DUE.

Lorsqu'il n'existe point de titre constitutif de la servitude, ou que le titre qui existe n'explique pas ou n'explique qu'imparfaitement l'étendue et le mode d'exercice de la servitude, on les détermine alors par les règles suivantes :

1° L'établissement d'une servitude implique la concession de tout ce qui est nécessaire pour en user : *qui veut la fin veut le moyen.* Ainsi, la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte implicitement le droit de passage. — Remarquez que ce droit de passage n'est qu'un accessoire

de la servitude à laquelle il est attaché, et qu'ainsi il ne lui survivrait pas si, par une cause quelconque, elle venait à s'éteindre (*a*).

2° Par suite du même principe, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire, même sur le fonds servant, tous les ouvrages nécessaires pour l'exercice et pour la conservation de la servitude. Si, par exemple, dans l'hypothèse d'une servitude de passage, le chemin est marécageux, il peut le faire paver (*b*).

[[Dans la cause de *Wheeler* & *Black* (M. L. R., 2 Q. B., p. 139; confirmée par la cour suprême, 10 L. N., p. 107, et 14 *Supreme Court Repts.*, p. 242), la cour d'appel a jugé que lorsque le débiteur de la servitude avait construit une grange au-dessus d'un égout, et que la réparation de cet égout était devenue indispensable, le propriétaire de la servitude pouvait faire démolir la grange en tant que nécessaire pour les fins de cette réparation.]]

Les ouvrages qu'il a le droit de faire pour l'exercice et la conservation de la servitude sont à ses frais. Telle est la règle générale; mais il est permis d'y déroger (*c*).

Toutefois, dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages dont il vient d'être parlé, il peut toujours s'affranchir de l'obligation dont il s'est chargé, *en abandonnant l'immeuble assujetti* au propriétaire du fonds dominant (*d*).

"En abandonnant l'*immeuble assujetti*..." Que faut-il en-

(*a*) L'article 552, qui reproduit en substance l'article 696 du code Napoléon, se lit comme suit :—

552. "Celui qui établit une servitude est censé accorder tout ce qui est "nécessaire pour qu'il en soit fait usage.

"Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte "le droit de passage."

(*b*) L'article 553 est en ces termes :

553. "Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les "ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver."

C'est la copie textuelle de l'article 697 du code Napoléon.

(*c*) L'article 554, copié sur l'article 698 du code Napoléon, porte que "ces ouvrages sont à ses frais et non à ceux du propriétaire du fonds "assujetti, à moins que le titre constitutif de la servitude ne dise le "contraire."

(*d*) L'article 555, également copié sur l'article 699 du code Napoléon, se lit comme suit :

555. "Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est "chargé par le titre de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage et

tendre par *immeuble assujetti?* L'abandon qu'il faut faire pour s'affranchir de l'obligation jointe accessoirement à la servitude doit-il comprendre le fonds tout entier, ou seulement la partie affectée à l'exercice de la servitude ?

Il arrive fréquemment que l'*immeuble assujetti* et la portion de terrain nécessaire à l'exercice de la servitude se confondent et ne font qu'une seule et même chose. Supposons, par exemple, qu'une servitude de passage ait été consentie, et que, dans l'acte même par lequel elle a été constituée, on ait spécialement désigné la partie du fonds sur laquelle le chemin devra être établi ; la servitude ainsi constituée affecte, non pas le fonds tout entier, mais simplement la partie de terrain désignée pour l'établissement du chemin. *L'immeuble assujetti* et la portion de terrain nécessaire à l'exercice de la servitude ne font qu'une seule et même chose. Il ne peut donc, dans ce cas, y avoir aucune difficulté : ce qui doit être abandonné, c'est uniquement ce qui est nécessaire à l'exercice de la servitude.

D'autres fois, il arrive que le fonds tout entier est nécessaire à l'exercice de la servitude : le fonds tout entier, alors, doit être abandonné. Je vous ai concédé le droit de faire paître le bétail de votre domaine dans mon champ, et je me suis engagé à y faire tous les travaux nécessaires à son entretien : le fonds tout entier est grevé de la servitude, tout entier il est nécessaire à son exercice. C'est donc le fonds tout entier que je dois abandonner, si je veux me décharger de mon obligation. Dans ce cas encore, point de difficulté.

Mais il se peut qu'une servitude qui n'exigerait qu'une portion du fonds pour son exercice ait été constituée sur le fonds tout entier. Supposons, par exemple, qu'une servitude de passage ait été constituée sur un fonds en termes généraux

---

" pour la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la " charge en abandonnant l'immeuble assujetti au propriétaire de celui " auquel la servitude est due."

Les codificateurs s'expliquent sur cet article en ces termes : " Cette " faculté de se libérer ainsi d'une obligation personnelle légalement con- " tractée, paraît à première vue injuste et contraire aux principes, ainsi " qu'il a déjà été observé sur l'article 15 (notre art. 513) ; cependant elle " est conforme au droit romain, au code Napoléon, art. 699, et à la juris- " prudence ancienne, ainsi que l'enseignent les auteurs cités en marge. " Les commissaires ont cru devoir céder à de si hautes autorités et adopter " une doctrine si fortement appuyée." On peut ajouter que le propriétaire du fonds servant ne s'est engagé que *propter rem.* Cette considération suffit pour justifier la disposition de la loi.

c'est-à-dire sans désignation de la portion de terre sur laquelle le chemin devra être établi : les parties devront alors s'entendre après coup, pour désigner la partie du fonds sur laquelle la servitude devra être exercée. Dans ce cas, l'*immeuble assujetti* n'est point seulement la portion de terrain sur laquelle la servitude s'exerce ; c'est le fonds tout entier. Il semble donc que le fonds tout entier devrait être abandonné. Cette conséquence, bien qu'en apparence fort logique, ne doit pas cependant être admise : et voici pourquoi : lorsque la portion de terrain sur laquelle doit s'exercer la servitude a été déterminée, cette assignation est définitive : le propriétaire du fonds dominant n'a pas le droit de la changer et de la porter sur une autre partie du fonds, tant que celle qui a été désignée suffit à l'exercice de la servitude. C'est donc désormais à cette partie du fonds qu'est, dans le présent du moins, limitée la servitude ; les autres parties n'en sont tenues que conditionnellement, et pour le cas seulement où le passage actuellement établi viendrait à être détruit par suite de quelque cas fortuit. Ainsi, quant à présent, le fonds assujetti, c'est la portion de terrain qui a été affectée à l'exercice de la servitude. Il suffit donc de l'abandonner pour se soustraire à l'obligation stipulée comme accessoire de la servitude, sauf à fournir un autre passage sur le même fonds, si plus tard quelque accident vient à détruire celui qui est établi (1).

[[On décide, en France, que le propriétaire du fonds servant ne peut s'affranchir, par l'abandon, de la charge d'entretien et de réparation que pour l'avenir et non pour le passé : voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 699, n° 4. Le même principe s'applique en matière de mitoyenneté.]]

3° Le partage du fonds dominant entre plusieurs propriétaires étant à l'égard du fonds servant *res inter alios acta*, la servitude reste, après le partage, ce qu'elle était auparavant ; elle n'a ni plus ni moins d'étendue.

[[C'est ce que porte l'article 556 en ces termes :

556. " Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie, " vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque por- " tion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti " puisse être aggravée.

" Ainsi s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropri-

---

(1) M. Val., à son cours. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. 3, § 223, note 10 ; [[Sirey et Gilbert, sur l'art. 699, n° 3.]]

" taires ont droit de l'exercer, mais sont obligés de le faire
" par le même endroit (*a*).]]

Ainsi, lorsqu'après avoir appartenu à un seul, le fonds dominant vient à être divisé entre plusieurs, la servitude, qui, avant le partage, était due au fonds tout entier, est due maintenant à chacune de ses portions, sans que la condition du fonds servant puisse être aggravée. Par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, il devra être exercé dans le même endroit, par chacun de ceux auxquels aura été allouée une portion du fonds dominant. Il est vrai que, la servitude étant alors exercée par *plusieurs* tandis qu'elle ne l'était auparavant que par *un seul*, la servitude devient plus incommode, ce qui semble aggraver la condition du fonds servant ; mais, il est facile de comprendre que cette objection n'a aucun fondement, si l'on considère que, la servitude ayant été constituée, non point pour l'utilité du maître actuel du fonds dominant, mais pour le fonds lui-même, et, par conséquent, sans limitation des personnes qui pourraient être appelées à l'exercer, ce n'est pas l'aggraver que la faire exercer par plusieurs, dans la limite des besoins du fonds dominant.

Lorsque l'exercice de la servitude consiste en un fait qui, au lieu d'être indivisible, comme le passage, est divisible, comme le fait de prendre chaque année tant de mesures de sable dans le fonds servant, le bénéfice de la servitude est alors partagé entre les copartageants du fonds dominant, proportionnellement à la portion qui a été allouée à chacun d'eux. Il ne faut pas, en effet, confondre l'indivisibilité du *droit* de servitude avec l'indivisibilité du *fait* par lequel on l'exerce. Sans doute, la servitude est indivisible, en ce sens qu'elle est due pour chacune des portions du fonds dominant ; mais il ne suit pas de là que l'exercice de la servitude soit indivisible dans tous les cas. Quoi de plus naturellement divisible, en effet, que l'exercice du droit de prendre dans un fonds tant de mesures d'eau, ou d'y mener paître tant de têtes de bétail par chaque jour ?

La loi ne parle pas de la division du fonds servant. Mais il est évident que le principe *res inter alios acta* la régit tout aussi bien que la division du fonds dominant.

Quelques personnes pensent cependant que, dans le cas où

(*a*) C'est en substance la copie de l'article 700 du code Napoléon, mais notre article est un peu plus explicite en ce qu'il dit expressément que tous les copropriétaires peuvent se servir du passage, ce qui du reste n'était pas douteux.

la servitude de passage a été assignée sur une partie du fonds qui, dans le principe, a été assujetti tout entier, le lot dans lequel se trouve cette partie du fonds restera seul grevé de la servitude. Je ne saurais admettre cette décision. Dans l'espèce, le fonds tout entier était grevé de la servitude ; or, sa division n'a pas pu altérer le droit du propriétaire du fonds dominant. Toutes les parties du fonds assujetti restent donc, après le partage, tenues comme elles l'étaient auparavant : l'une, celle qui a été affectée à l'exercice de la servitude, sans aucune condition ; les autres, sous cette condition seulement, *si la partie sur laquelle le chemin est actuellement établi est plus tard détruite ou rendue impraticable par quelque cas fortuit* (1).

[[Remarquons à ce propos que, dans une ancienne cause de *Duhamel* v. *Bélanger* (1 R. de L., p. 505), on a jugé que lorsqu'un droit de passage a été constitué sur un fonds possédé en commun par deux propriétaires indivis, sans indication de situation précise, et que l'assiette du passage a été fixée par un partage de fait et utilisée par les deux propriétaires pendant un certain temps, chaque propriétaire doit s'en tenir à l'assignation du passage et ne peut le faire fixer dans un autre endroit par action en partage.

La cour d'appel a décidé, dans la cause de *Dorion & Rivet* (7 L. C. R., p. 257, et 1 L. C. J., p. 308), que le droit de faire pacager des animaux sur une terre, créé en faveur du propriétaire d'un emplacement, est une servitude réelle ; que la transmission de l'emplacement au moyen de dispositions testamentaires a eu pour effet de transporter comme accessoire cette servitude quoiqu'elle ne fût pas spécialement indiquée ; que cette servitude étant de sa nature réelle et ayant été créée avant la passation des lois d'enregistrement, peut subsister nonobstant que l'acte qui l'a constituée n'ait pas été enregistré (*secus* sous l'art. 2116 *a*) ; que cette servitude peut être divisée et l'héritage dominant se trouvant partagé, et moitié d'icelui étant échue au proprétaire de la servitude, la prestation peut être exigée pour moitié de celui qui est propriétaire de l'autre partie de l'héritage servant. La cour a ordonné la prestation du service un an sur deux.]]

4° Le propriétaire du fonds servant ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut ni changer l'état des lieux, ni

(1) M. Val., à son cours.

transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Toutefois, cette règle, dont l'application trop rigoureuse pourrait devenir préjudiciable au propriétaire du fonds servant sans procurer aucun profit au propriétaire du fonds dominant, reçoit un tempérament d'équité : " Si, porte l'article " 557, l'assignation primitive était devenue plus onéreuse au " propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire " des améliorations avantageuses, il peut offrir au propriétaire " du fonds dominant un endroit aussi commode pour l'exercice " de ses droits, et celui-ci ne peut pas le refuser " (*a*).

5° De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds servant, ni dans le fonds dominant, de changement qui aggrave la condition du premier (*b*). Cependant, et bien que la loi ne le dise pas expressément, nous croyons pouvoir décider, par un argument d'analogie tiré de la règle précédente, qu'il aurait le droit, dans le cas où l'assiette primitive de la servitude deviendrait par suite de quelque circonstance, trop gênante ou trop incommode, d'en obtenir le changement, pourvu, bien entendu d'ailleurs, que ce changement n'apportât aucun préjudice au propriétaire du fonds servant (1).

6° Quant aux servitudes constituées par la destination du

---

(1) M. Val., à son cours ; M. Laurent, t. 8, n° 265.—M. Dur. (t. 5, n° 623 *ter*) est d'un avis contraire ; voy. aussi M. Demol., t. 12, n° 845.

(*a*) Tout le texte de cet article est en ces termes :

557. " Le propriétaire du fonds qui doit la servitude, ne peut rien faire " qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.

" Ainsi il ne peut changer l'état des lieux, ni transférer l'exercice de " la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitive- " ment assignée.

" Cependant si l'assignation primitive était devenue plus onéreuse au " propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des " améliorations avantageuses, il peut offrir au propriétaire du fonds " dominant un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et " celui-ci ne peut pas le refuser."

Ce dernier paragraphe, disent les codificateurs, est fondé sur la maxime *quod alteri non nocet et alteri prodest facile conceditur*.

L'article 701 du code Napoléon est au même effet que notre article 557.

(*b*) L'article 558, copie textuelle de l'article 702 du code Napoléon, se lit comme suit :

558. " De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user " que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la " servitude, ni dans celui à qui elle est due, de changement qui aggrave " la condition du premier."

père de famille, il faut, pour en déterminer l'étendue et le mode d'exercice, consulter l'ancien état de choses duquel est née la servitude [[et surtout l'écrit qui en fait foi.]]

7° Si quelque difficulté se présente que la loi n'ait point prévue et réglée, les tribunaux sont alors appelés à la résoudre. Deux règles générales doivent servir de guide à leurs décisions.

La première, qu'il faut, autant que possible, concilier l'avantage du fonds dominant avec la commodité du fonds servant. Ainsi, celui qui a un droit de passage, sans que le titre marque la partie du fonds sur laquelle il pourra passer, n'a pas le droit de choisir son passage où il lui plaît : et réciproquement celui qui doit le subir n'a point la liberté de fixer arbitrairement le lieu sur lequel le passage devra être établi : s'ils ne s'entendent pas sur ce point, la justice jugera *ex æquo et bono*.

La seconde, que, dans le doute, c'est en faveur du propriétaire du fonds assujetti qu'il faut se prononcer : car la liberté des héritages, c'est-à-dire le droit commun, est bien plus favorable que leur assujettissement. [[C'est du reste une application du principe de l'article 1019.

Je puis sur ces questions citer plusieurs arrêts.

Dans la cause de *Blais* & *Simoneau* (8 L. C. R., p. 356), la cour d'appel a jugé qu'il n'y a pas lieu à l'action négatoire, quoique l'héritage en faveur duquel une servitude de coupe de bois a été créée, ait été agrandi, s'il n'appert pas que la servitude soit en conséquence devenue plus onéreuse.

Dans la cause de *Soriole* v. *Potvin* (2 R. L., p. 570), le juge Berthelot a décidé que l'obligation de fournir un chemin de communication à pied ou en voiture, ne donne pas le droit de passer sur ce chemin avec des animaux, et que le titre constitutif de la servitude devait être interprété strictement.

La même cour, dans la cause de *La corporation de la paroisse de Ste-Anne du Bout de l'Ile* & *Reburn* (M. L. R., 1 Q. B., p. 200), a maintenu une action demandant l'annulation d'un procès-verbal qui avait établi un cours d'eau dont l'effet était d'aggraver la servitude des fonds inférieurs ; et dans la cause de *Wheeler* & *Black* (M. L. R., 2 Q. B., p. 139, arrêt confirmé par la cour suprême, 10 L. N., p. 107, et 14 *Supreme Court Repts.*, p. 242), elle a reconnu le droit du propriétaire du fonds dominant de demander la démolition d'une grange, que le propriétaire du fonds servant avait construite au-dessus d'un égout, en tant que cette démolition était nécessaire pour la réparation de cet égout, mais elle a jugé qu'une action pour

faire respecter cette servitude ne pouvait être dirigée contre une personne qui n'était plus propriétaire du fonds servant, sauf la responsabilité du défendeur s'il avait personnellement participé à la violation de la servitude.

Dans la cause de *Desjardins* v. *Cléroux* (M. L. R., 3 S. C., p. 45), le juge Cimon a décidé qu'un propriétaire qui donne ou vend un droit de passage avec droit de s'en servir soit en voiture ou autrement, n'est pas empêché de bâtir au-dessus du passage, pourvu qu'il le laisse libre et suffisamment aéré et éclairé pour en permettre l'usage commode.

Dans la cause de *Déroche* v. *Gagné* (21 R. L., p. 66 ; 17 Q. L. R., p. 1), le juge Casault a jugé que l'usufruitier du fonds dominant, qui est troublé dans sa jouissance d'une servitude, peut se borner à demander que celui qui le trouble soit condamné à reconnaître son droit de jouissance et à lui payer le montant des dommages soufferts.

La cour de révision à Québec, dans la cause de *Royer* v. *Lachance* (16 Q. L. R., p. 179), a décidé que le propriétaire d'un fonds qui est affecté d'une servitude de passage, peut, en clôturant ce fonds, mettre une barrière au passage qui ouvre et ferme facilement.

La même cour a jugé, à Montréal, dans la cause de *Martineau* v. *Martineau* (21 R. L., p. 367), que ce propriétaire peut faire à son terrain tous les changements qu'il juge à propos, pourvu qu'il n'obstrue en aucune manière le passage.

Je trouve encore deux arrêts se rapportant tous deux à des droits de passage. Le premier rendu par la cour d'appel dans la cause de *Desjardins* & *Robert* (R. J. Q., 1 B. R., p. 286), est à l'effet que le propriétaire d'un droit de passage en commun avec d'autres, qui n'est pas propriétaire du terrain sur lequel le passage est établi, ne peut empêcher les propriétaires qui longent le passage d'y établir des jours, ces jours n'affectant nullement son droit (*a*).

Le deuxième arrêt a été porté par la cour suprême, dans la cause de *McMillan* & *Hedge* (14 *Supreme Court Repts.*, p. 736 ; 9 L. N., p. 410). Il s'agissait d'un droit de passage à pied ou en voiture, avec obligation de tenir les barrières fermées, constitué originairement sur un terrain destiné à des fins agricoles. Le propriétaire du droit de passage avait établi

(*a*) Cette cause se distingue de celle de *Hotte* & *Fauteux*, *supra*, p. 123, où le propriétaire, qui avait fourni la moitié du terrain de ce passage, demandait la suppression des vues que l'autre propriétaire avait pratiquées sur ce passage.

une raffinerie d'huile de pétrole et des entrepôts, et ses camions y passaient plusieurs fois par jour, laissant les barrières ouvertes, et de plus il fournissait de l'huile à la plupart des marchands de Montréal, qui eux aussi se servaient du passage. Dans ces circonstances, la cour suprême a jugé qu'il y avait aggravation de la servitude, laquelle avait été rendue plus onéreuse que lors de sa constitution (*a*).

Enfin, dans la cause de *Bonin* v. *Lapointe* (33 L. C. J., p. 215), le juge Ouimet a décidé que le vendeur avec garantie est bien fondé à se pourvoir contre le propriétaire d'un terrain voisin de l'immeuble vendu, pour le contraindre à laisser exercer, sur son terrain, par l'acquéreur, un droit de servitude existant en faveur du terrain vendu.]]

SECTION IV.—COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

Nous trouverons sous cette section trois causes d'extinction des servitudes, savoir :

1° L'*impossibilité d'user* (art. 559 et 560) ;

2° La *confusion* (art. 561) ;

3° Le *non-usage pendant trente ans* (art. 562 à 566) (1).

I.—*De l'impossibilité d'user.*

" Les servitudes *cessent* lorsque les choses se trouvent en

(1) Les servitudes s'éteignent encore :

1° Par l'*arrivée du terme* ou par l'*événement de la condition*, lorsqu'elles ont été constituées pour un certain temps ou sous condition résolutoire ;

2° Par la *renonciation* expresse ou tacite. La renonciation est tacite, lorsque celui à qui la servitude est due permet de faire, sur le fonds servant, des travaux qui en supposent l'affranchissement ;

3° Par la *résolution* rétroactive du droit de celui qui l'a constituée.

Quid, si le droit de propriété est résolu rétroactivement dans la personne de celui au profit duquel la servitude a été constituée ? Il faut, je crois, décider qu'en principe, la servitude subsiste. Il l'avait, en effet, stipulée dans l'intérêt du fonds, dont il a été, en quelque sorte, le représentant ou le gérant d'affaires : elle est donc acquise au fonds, et, par conséquent, à quiconque le possède et le possédera (M. Domol., n° 759). Toutefois, s'il était démontré que le constituant ne l'a consentie qu'en considération de la personne du possesseur qui l'a stipulée, et dans l'ignorance de la condition résolutoire à laquelle le droit de celui-ci était soumis, la servitude alors devrait tomber par suite de la révocation du droit du stipulant. L'article 992 recevrait ici son application ordinaire.

(*a*) La décision de la cour d'appel en cette cause est rapportée, 4 D. C. A., p. 269, et M. L. R., 1 Q. B., p. 376.

" tel état qu'on ne peut plus en user " (art. 559) (*a*).

Mais " elles *revivent* si les choses sont rétablies de manière " qu'on puisse en user, même après le temps de la prescription " (art. 560 (*b*).

" *Cessent*... *revivent*..." Ces expressions ne sont point exactes. Lorsque l'état des lieux devient tel que l'usage de la servitude est impossible, la servitude ne cesse pas pour cela d'exister ; il y a interruption dans l'*exercice* du droit, mais le *droit* subsiste. Si donc la nécessité de fait qui est venue en entraver, en paralyser l'exercice, vient à son tour à cesser, la servitude ne *revivra* point, puisqu'elle n'a pas été éteinte, mais elle reparaîtra, elle reprendra son cours.

Ainsi, le fonds servant ou le fonds dominant vient-il à périr ou à être détruit, la source où le voisin avait le droit de puiser de l'eau vient-elle à tarir : l'*exercice* de la servitude, rendu impossible par le changement survenu dans l'état des lieux, reste suspendu tant que ce nouvel état subsiste. Si cet obstacle à l'exercice de la servitude vient à cesser, si le fonds qui a péri est rétabli dans son état primitif, si la source qui était tarie reparaît, la servitude reprendra son cours, [[même lorsque ce rétablissement des choses dans leur état primitif n'a eu lieu qu'après trente ans.]]

II.—*De la confusion.*

La confusion est la réunion dans la même personne de deux qualités qui, étant incompatibles entre elles, se détruisent réciproquement ; appliquée aux servitudes, la confusion est la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire du fonds dominant et de celle de propriétaire du fonds servant. Lorsque cette réunion a lieu, la servitude est éteinte, car un propriétaire ne peut pas avoir une servitude sur son propre fonds :

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 703 du code Napoléon. Voy. la cause de *Brunet* v. *Rastoul*, *infra*, p. 175, note (*b*).

(*b*) Notre article diffère essentiellement de l'article 704 du code Napoléon en ce que ce dernier article ne permet pas à la servitude de revivre, lorsqu'il s'est écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer son extinction par le non-usage, même lorsque l'interruption d'exercice a eu pour cause la force majeure.

Les codificateurs expliquent qu'ils ont fait prévaloir, sur la règle de l'article 704 C. N., la maxime : *contra non valentem agere nulla currit prescriptio*. Notre article, ajoutent-ils, est conforme à l'ancienne juris prudence.

res sua nemini servit ; l'exercice de l'ancienne servitude devient alors l'exercice du droit de propriété.

[[C'est ce que l'article 561 dit en ces termes :

561. " Toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui " elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même " main par droit de propriété " (*a*).]]

Ainsi, lorsque, par une cause quelconque, le propriétaire du fonds dominant acquiert le fonds servant, ou réciproquement, la servitude cesse d'exister.

Mais la confusion peut elle-même cesser. La servitude revivra-t-elle alors ? Il faut, pour répondre à cette question, distinguer si la cessation de la confusion a eu lieu *ex antiquâ causâ* ou *ex causâ novâ*.

La confusion cesse *ex antiquâ causâ*. lorsque l'acquisition qui l'avait produite se trouve *révoquée*, *rescindée* ou *résolue*, par suite d'une condition ou d'un vice qui, dès le principe, était en elle. Dans ce cas, l'acquisition et la confusion qu'elle avait produite, étant réputées n'avoir jamais existé, les choses se trouvent remises au même état qu'auparavant : la servitude est donc réputée n'avoir jamais cessé d'exister.

J'ai acquis le fonds A, sur lequel j'avais une servitude. Si cette acquisition a été faite sous une condition résolutoire, expresse ou tacite, si elle m'a été consentie par un incapable, ou, enfin, si elle est infectée du vice de dol, de violence ou d'erreur, elle n'est pas irrévocable. Supposons-la anéantie par l'effet d'une des causes qui la rendent révocable, résoluble ou rescindable : elle sera alors réputée n'avoir jamais existé ; la confusion qu'elle avait produite se trouvera ainsi elle-même révoquée, non seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé. Les choses, et avec elles la servitude, seront donc remises au même état qu'auparavant (1).

La confusion cesse *ex causâ novâ*, lorsque la cause qui la fait cesser n'est point née avec l'acquisition même qui l'avait produite. J'ai acquis le fonds A, sur lequel j'ai une servitude ; plus tard, je vends, je donne ou je lègue ce même fonds, soit à

---

(1) La loi fait elle-même l'application de cette idée lorsqu'elle dit dans l'article 2078 : " Les servitudes et droits réels que le tiers-détenteur avait " sur l'immeuble au temps de l'acquisition qu'il en a faite, ou qu'il a " éteints durant sa possession renaissent après le délaissement. "

(*a*) C'est la reproduction textuelle de l'article 705 du code Napoléon, sauf les mots " par droit de propriété " qui ont été ajoutés par les codificateurs pour préciser le sens de cette disposition et écarter la controverse.

son ancien propriétaire, soit à une autre personne : dans ce cas, la confusion, étant née d'une acquisition qui a produit tout son effet, a elle-même produit tout le sien. La servitude est et reste éteinte.

Toutefois, elle revivra par la destination du père de famille, si le propriétaire dans la personne duquel s'était produite la confusion a maintenu les deux héritages dans leur rapport d'asservissement de l'un à l'autre, jusqu'au moment de l'aliénation qui les a de nouveau séparés, [[pourvu, cependant, que l'intention de les maintenir dans ce rapport d'asservissement soit constatée par écrit (art. 551).

On enseigne en France que lorsqu'une servitude est due par un héritage d'une succession à un fonds de l'héritier, cette servitude revit, du moins entre les parties, par la vente que l'héritier fait de ses droits successifs. Cette solution, toutefois, est contestée par quelques auteurs. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 705, no 1.]]

III.—*Du non-usage pendant trente ans* (1).

La loi est plus favorable à l'*extinction* des servitudes qu'à leur *acquisition*. [[Ainsi, on ne peut acquérir une servitude par prescription (art. 549). Le non-usage, au contraire, éteint toute espèce de servitudes, pourvu, cependant qu'il s'agisse de majeurs et non privilégiés.

C'est là la disposition de notre article 562 qui se lit comme suit :

562. " La servitude est éteinte par le non-usage pendant " trente ans, entre âges et non privilégiés."]]

Cet article est la copie textuelle de l'article 706 du code Napoléon, sauf les mots " entre âges et non privilégiés." Notre droit reconnaît ici toute la force de la maxime *contra non valentem agere nulla currit prescriptio* (*a*).

Les trente ans de non-usage courent, dans tous les cas, *du*

---

(1) Nous étudierons, au titre *De la prescription*, la question de savoir si les servitudes s'éteignent par la prescription de dix ans, acquise au profit d'un tiers qui a possédé le fonds servant en vertu d'un juste titre et de bonne foi. [[Je puis dire, cependant, que M. Baudry-Lacantinerie, nº 1578, d'accord avec la majorité des auteurs, enseigne que cette prescription n'a pas lieu.]]

(*a*) Voy. le rapport des codificateurs sur cet article. Je puis ajouter qu'on reconnaît en France que cette prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits.

jour où le propriétaire du fonds dominant a cessé de jouir de la servitude.

Ce jour varie suivant qu'il s'agit d'une servitude *discontinue* ou d'une servitude *continue.*

[[En effet notre article 563 porte que " les trente ans com- " mencent à courir pour les servitudes discontinues du jour " où l'on cesse d'en jouir, et pour les servitudes continues du " jour où il est fait un acte contraire à leur exercice " (*a*).]]

La servitude discontinue ayant besoin, pour son exercice, du fait actuel de l'homme, dès que le fait du propriétaire du fonds dominant vient à cesser, il y a *non-usage.* Le point de départ des trente ans est, par conséquent, *le dernier acte d'exercice de la servitude.* Ainsi, dans l'hypothèse d'une servitude de passage, les trente ans courent du jour où le propriétaire du fonds dominant a pour la dernière fois passé sur le fonds servant (*b*).

Quant aux servitudes continues, leur exercice, tenant à l'état même des lieux, est en quelque sorte inhérent à l'existence même de la servitude, et indépendant du fait de l'homme. L'inaction du propriétaire du fonds dominant ne peut donc point, à elle seule, constituer le *non-usage.* Il faut, de plus, qu'il ait été fait, soit par le propriétaire du fonds dominant, soit par le propriétaire du fonds servant, car la loi ne distingue pas, *un acte contraire à l'exercice de la servitude,* c'est-à-dire, qui soit de nature à constituer l'héritage servant *en possession de liberté.*

Ainsi, dans l'hypothèse d'une servitude de vue, bien que vous soyez absent de votre maison, et que vous teniez vos fenêtres closes et à volets, l'exercice de la servitude n'est point pour cela interrompu : car il consiste, non pas dans l'action de regarder, mais dans l'existence même des fenêtres, qui continuent d'exister quoique fermées. Les choses pourraient donc rester

---

(*a*) C'est en substance la reproduction de l'article 707 du code Napoléon.

(*b*) C'est ce que le juge Ouimet a jugé dans la cause de *Bonin* v. *Lapointe* (33 L. C. J., p. 215).

Je puis également citer une décision du juge Wurtele dans une cause de *Brunet* v. *Rastoul* (M. L. R., 7 S. C., p. 179), à l'effet que, malgré le fait qu'on eût exproprié une partie d'une propriété sur laquelle un droit de passage avait été constitué, et que le propriétaire de la servitude eût reconstruit sa maison de telle manière qu'il lui était impossible de se servir du passage, le propriétaire du fonds servant ne pouvait demander la suppression du passage. Le savant juge était d'avis qu'il fallait attendre que la prescription fût accomplie. Ce n'était là que l'application des articles 559, 560 et 562.

en cet état pendant trente ans sans que la servitude subit aucune atteinte dans son existence. Que si, au contraire, vous faites disparaître vos fenêtres en les bouchant, si vous abattez le mur dans lequel elles sont établies, ou si votre voisin élève un mur qui les obstrue complétement, il y a alors non-usage et, par suite, extinction de la servitude, en supposant que ce nouvel état des lieux continue pendant trente ans sans réclamation de votre part.

Le *non-usage* continué pendant trente ans éteint-il la servitude, non seulement lorsqu'il a été *volontaire* de la part du propriétaire du fonds dominant, mais encore dans le cas où il a été *forcé?* En d'autres termes, lorsque l'usage de la servitude a été supprimé par un obstacle que le propriétaire du fonds dominant n'a pu empêcher ni faire cesser, la servitude reprendra t-elle son cours, si plus tard les choses sont rétablies dans leur état primitif, quoique d'ailleurs l'obstacle qui en avait interrompu l'usage ait duré plus de trente ans?

[[Cette question est vivement controversée en France. Quelques auteurs soutiennent que le non-usage n'éteint la servitude qu'autant qu'il a été volontaire; quand il est le résultat de la force majeure, il ne saurait avoir cet effet et la servitude se trouvera rétablie, si les choses sont, même après les trente ans, remises dans leur premier état (*a*).

Les principales raisons que l'on invoque en faveur de cette opinion, c'est que l'extinction de la servitude, le non-usage, a pour fondement une présomption de renonciation; or cette présomption est inadmissible lorsque le non-usage a été forcé. On s'appuie également sur la maxime *contra non valentem agere nulla currit prescriptio.*

Mais la plupart des auteurs ont embrassé l'opinion contraire. Ils se basent sur le texte de l'article 704 du code Napoléon, différent, je l'ai dit, de notre article 560. En effet, l'article 704 C. N. permet aux servitudes de revivre, lorsqu'elles se sont éteintes par l'impossibilité d'en user, "à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude" par le non-usage. On ajoute également que la maxime *contra non valentem*, etc., ne s'applique pas dans l'espèce, car le seul obstacle qui puisse arrêter

(*a*) Voy. Toullier, t. 3, nos 690 et suiv.; Solon, nos 505-534; Marcadé, sur l'art. 706 C. N.; Taulier, t. 2, no 462; Massé et Vergé, t. 2, § 341, no 2.

la prescription est un obstacle *de droit* ; l'obstacle *de fait* ne peut en suspendre le cours (*a*).

Cette discussion cependant ne peut avoir d'influence sur la solution que cette question doit recevoir dans notre droit. Il me paraît hors de doute que le non-usage ne peut être une cause d'extinction de la servitude qu'autant qu'il a été volontaire. Notre code, en effet, décrète que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user (art. 559), mais ajoute immédiatement qu'elles revivent si ces choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, *même après le temps de la prescription* (art. 560). Donc, tant que dure l'impossibilité d'user de la servitude, celle-ci ne pourra s'éteindre par le non-usage. Ce texte étant clair, il n'est pas nécessaire de recourir aux opinions exprimées par les codificateurs, mais je puis dire que, dans leurs remarques sur l'article 560, ils déclarent expressément qu'ils ont voulu écarter la controverse que je viens de noter, par une disposition non équivoque et qui donne plein effet à la maxime *contra non valentem agere nulla currit prescriptio.*]]

Il n'est pas nécessaire, pour la conservation de la servitude, que celui auquel elle est due l'exerce en personne : qu'elle soit exercée par lui-même, ou qu'elle le soit par une autre personne, par exemple, par des ouvriers agissant en son nom et par son ordre, par un fermier, par un locataire, par un usufruitier, peu importe. Il suffit qu'elle le soit ! L'exercice qu'en ferait un possesseur de mauvaise foi suffirait même : car, en l'exerçant, le possesseur a prêté son ministère au fonds, qui est supposé l'avoir exercée, et qui la conserve par ce moyen (1).

Par l'application de ce principe, la loi décide que, dans le cas où le fonds dominant est *indivis*, c'est-à-dire *commun* entre plusieurs personnes, il suffit, pour la conservation de la servitude, qu'elle soit exercée par l'un des copropriétaires (*b*). Ce

(1) MM. Dur., t. 5, n° 684 ; Demol., t. 12, n° 995 ; Laurent, t. 8, n° 309.

(*a*) Malleville, t. 2. p. 153 ; Delvincourt, t. 1er, p. 167. notes 11 et 12 ; Duranton, t. 5, nos 654 et suiv. ; Demolombe, t. 12, n° 979 ; Aubry & Rau, t. 3, § 255, note 7 ; Laurent, t. 8, nos 294 et 295 ; Mourlon, t. 1er, nos 1855 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, n° 1576. Voy. aussi d'autres autorités à l'appui de cette opinion, qui paraît l'emporter en doctrine : Sirey & Gilbert, sur l'art. 704, n° 1.

(*b*) C'est la disposition de l'article 565, copié sur l'article 709 du code Napoléon :—

565. "Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient "à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à "l'égard de l'autre."

propriétaire n'a pas pu d'ailleurs, par deux raisons, retenir la servitude *pour lui* seul et dans la limite du droit indivis qu'il a sur le fonds. D'une part, en effet, il existe entre les copropriétaires d'un fonds commun une obligation qui astreint chacun d'eux à faire ce qui est nécessaire à la conservation de la chose commune et de ses accessoires. D'autre part, chacun d'eux ayant un droit sur chacune des parcelles du fonds, il est impossible que celui qui agit limite à sa portion indivise les actes utiles qu'il fait : il les fait nécessairement pour le fonds tout entier, et, par conséquent, tant dans l'intérêt de ses copropriétaires que pour lui même.

Cette décision s'applique même au cas où la servitude, consistant dans un fait susceptible de division, n'a été exercée que par l'un des copropriétaires du fonds dominant et seulement pour la part correspondante à sa part indivise. Si, par exemple, étant propriétaire pour *un quart* d'un fonds jouissant du droit de prendre à une source voisine quarante voies d'eau par mois, il n'a pris, chaque mois, que dix voies d'eau, la servitude, sans doute, est éteinte pour le surplus ; mais, la partie qui est conservée l'est pour le fonds tout entier, et, par conséquent, dans l'intérêt de tous ceux auxquels il appartient.

La loi va plus loin encore. Elle décide que, si, parmi les copropriétaires du fonds dominant, il s'en trouve un contre lequel la prescription ne peut pas courir, comme un mineur ou un interdit, il aura, en conservant son droit, conservé le droit de tous (*a*).

Lorsque le fonds dominant a cessé d'être indivis entre plusieurs copropriétaires, c'est-à-dire lorsqu'il a été partagé, il y alors autant de fonds dominants qu'il y a de portions. Dans ce cas, l'exercice de la servitude, par l'un des propriétaires, sa minorité ou son interdiction, n'aurait d'effet que quant à lui (*b*).

" Le mode de la servitude (c'est-à-dire la manière d'en user) " peut se prescrire comme la servitude elle-même et de la même

(*a*) L'article 566 qui reproduit l'article 710 du code Napoléon, est en ces termes :

566. "Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la " prescription ne peut courir, comme un mineur, il conserve le droit de " tous les autres."

(*b*) Remarquons toutefois que la cour de cassation a jugé, en France, que la prescription d'une servitude n'est pas suspendue, au profit du cohéritier majeur, par le fait de la minorité de son cohéritier, et pendant l'indivision qui a subsisté entre eux, si, par le le partage ultérieur,

" manière " (art. 564, copie textuelle de l'art. 708 du code Napoléon) (1).

[[Je n'ai pas besoin de rapporter les espèces que Mourlon cite sous cet article pour élucider le principe que les servitudes, pourvu qu'elles soient continues et apparentes, peuvent augmenter, comme dans tous les cas et indistinctement elles peuvent diminuer, par l'effet de la prescription. Dans notre droit, les servitudes ne sont susceptibles que de diminution par suite de la prescription ; ne pouvant en acquérir de cette manière, je ne puis ainsi augmenter celle que je possède, quelles que soient l'étendue et la durée de ma jouissance. Donc, si au lieu d'exercer le mode de la servitude que mon titre m'accorde, j'ai exercé pendant trente ans un tout autre mode, je n'ai rien acquis, et j'ai perdu le mode que j'ai négligé d'user, et si l'exercice de la servitude se confond avec ce mode, j'ai tout perdu. Ainsi, j'ai le droit de passer sur le terrain de mon voisin à un endroit déterminé. Pendant trente ans je néglige de me servir du passage fixé, mais je passe sur un autre endroit du terrain, devons-nous en conclure que je n'ai rien acquis et j'ai tout perdu ? La question est controversée. MM. Aubry et Rau (t. 3, § 255, p. 110, et note 27) décident que, dans l'absence d'une assignation véritablement limitative, le non-usage ne fait perdre que le bénéfice de l'assignation primitive, mais n'entraîne pas l'extinction de la servitude elle-même. Lorsque l'assignation est limitative, ils ajoutent que le propriétaire de l héritage servant est tenu de souffrir l'exercice de la servitude par l'endroit où elle a été exercée, si mieux il n'aime faire revenir le propriétaire de l'héritage dominant à l'assignation primitive (a).

Si au lieu de me servir de la servitude prin ipale j'use de la

---

l'immeuble est devenu la propriété du majeur. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 710 C. N. La cour de cassation a cru y voir l'application de l'art. 883 C. N. (notre article 746), quant à la rétroactivité du partage. M. Baudry-Lacantinerie, n° 1579 *bis*, conteste cette doctrine, avec raison, me semble-t-il.

(1) Sur cette importante disposition, voy. M. Dupret, *Revue de droit français et étranger*, t. 3 (1846), p. 817 et suiv.

(a) M. Baudry-Lacantinerie, n° 1580, enseigne que si celui qui a droit à un passage en charrette comme à pied, ne passe qu'à pied, il ne peut désormais passer autrement. MM. Aubry et Rau, t. 3, § 255, p. 109, et note 25, contestent cette solution sur le principe que la servitude de passage est une et ne se décompose pas en autant de servitudes distinctes qu'il y a de modes d'exercer le passage. Cette raison me paraît tout à fait juridique.

servitude accessoire, comme si ayant le droit de puiser à une fontaine et accessoirement de passer sur le terrain qui y conduit, je me sers du passage mais ne puise pas à la fontaine, je perds, après trente ans de non-puisage, tous mes droits, la servitude principale et la servitude accessoire : la première par suite du non-usage, la seconde, parce que, ayant perdu la servitude principale, je perds en même temps la servitude accessoire, car l'accessoire subit le sort du principal.]]

TITRE CINQUIÈME

DE L'EMPHYTÉOSE

SECTION PREMIÈRE.—DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

[[Ce titre n'existe pas dans le code Napoléon et les commentateurs de ce code se sont même demandé si le contrat lui-même, d'un usage fréquent dans l'ancienne France, n'avait pas disparu avec les derniers vestiges de l'ancien régime. Elle avait été maintenue par le droit intermédiaire, mais le mot *emphytéose* n'est pas mentionne une seule fois dans le code Napoléon. Je puis dire, toutefois, que, malgré quelques dissidences, parmi lesquelles on peut signaler celle de Demolombe (*a*), la plupart des auteurs et la jurisprudence en France reconnaissent l'existence de l'emphytéose (*b*).

Le Canada étant un pays nouveau, avec de vastes régions à défricher, on comprend que l'emphytéose ait pris tout naturellement droit de cité chez nous. C'était, pour les concessionnaires de vastes domaines, un moyen d'utiliser les terrains qui leur avaient été octroyés, de les faire améliorer afin de les retrouver plus tard quintuplés de valeur. Nos codificateurs n'ont donc eu qu'à donner expression à la doctrine du droit ancien ; la seule modification importante qu'ils y aient accueillie étant celle qui écarte la lésion entre majeurs, en cette matière comme dans tous les autres contrats (*c*).

I. **Définition et nature de l'emphytéose.** — Nous avons l'avantage d'avoir ici d'une définition législative de l'emphytéose.

(*a*) Tome 9, nº 491.

(*b*) On trouvera la citation des auteurs et des arrêts en Dalloz, Répertoire, vº *louage emphytéotique*, nº 3.

L'emphytéose existe cependant en Belgique, en vertu de la loi du 10 janvier 1824, et Laurent lui consacre un titre de son ouvrage (t. 8, pp. 410 et suiv.), en lui donnant la même place, après les servitudes, que nos codificateurs lui ont eux-mêmes assignée.

(*c*) Il y a d'autres changements qui paraissent avoir été inconscients. Je les signalerai en temps et lieu.

" *L'emphytéose* ou *bail emphytéotique*, " dit l'article 567, " est " un contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble le cède " *pour un temps* à un autre, à la charge par le preneur d'y " *faire des améliorations*, de payer au bailleur une *redevance* " *annuelle*, et moyennant les autres charges dont on peut " convenir."

Il convient de distinguer ici, comme ailleurs, ce qui est de l'essence même du contrat d'emphytéose, ce qui est de sa nature, et ce qu'il est loisible aux parties de stipuler. Les conventions du premier genre ne peuvent être omises, elles se sous-entendent d'ailleurs, car sans elles il n'y aurait pas d'emphytéose ; les secondes se sous-entendent également, mais il est permis aux parties d'y déroger ; enfin les conventions, qui ne sont ni de l'essence ni de la nature de l'emphytéose, sont libres, et pourvu qu'elles ne touchent pas à ce qui est de l'essence de ce contrat, elles doivent être observées et sont de la loi des parties.

Il est de l'essence du contrat d'emphytéose qu'il soit fait pour un temps limité, et que le *preneur* ou *emphy- téote* s'engage à améliorer l'héritage qui lui est baillé et à payer au *bailleur* une rente ou redevance annuelle(*a*),appelée *canon emphytéotique*. Des stipulations contraires—sauf quant à une durée de plus de 99 ans (art. 579)—détruiraient le contrat ou lui feraient donner un autre nom. Il n'est pas permis aux parties d'y déroger.

Sous le rapport de la durée de l'emphytéose et de l'obligation d'améliorer—je le dirai dans un instant—l'emphytéose de notre code civil diffère de l'emphytéose de l'ancien droit. Il était, autrefois, permis de constituer l'emphytéose à titre perpétuel, et quoi qu'en disent les codificateurs dans leur rapport sur ce titre, on peut affirmer que, suivant l'opinion la plus sûre, l'obligation d'améliorer l'héritage baillé, n'était pas, sous l'ancien droit, de l'essence de l'emphytéose (*a*).

Parmi les conventions qui sont de la nature de l'emphytéose, je puis citer le droit du bailleur de demander la résolution du contrat lorsque le preneur néglige pendant trois ans de payer

---

(*a*) L'article 567 se sert de l'expression *redevance annuelle*, ce qui ne veut pas dire que la redevance doit être payée *annuellement*. Elle peut être payée tous les mois, tous les six mois, etc., mais elle doit être, du moins si nous acceptons la définition telle que l'article 567 la donne, de tant par an. L'art. 574 ne me paraît pas contraire à cette interprétation.

(*a*) Ainsi jugé par la cour supérieure dans la cause de *Cossit* v. *Lemieux* (25 L. C. J., p. 317 ; 5 L. N., p. 10) Voy. aussi *infra*, p. 191, la définition de l'emphytéose que j'emprunte à Troplong.

la redevance annuelle (art. 574), et celui du preneur de déguerpir (art. 573). Le preneur peut renoncer au droit de déguerpissement, et le bailleur peut accepter une modification de son droit de résolution, y mettre un autre terme, ou même, je le crois, y renoncer entièrement.

Quant aux autres conventions qui ne sont ni de la nature ni de l'essence de l'emphytéose, les parties sont libres, pourvu qu'elles ne touchent pas à ce qui est de l'essence même du contrat. Ainsi, elles peuvent librement régler l'indemnité à payer au preneur pour les améliorations non prévues au contrat et même réserver à ce dernier le droit de se porter acquéreur de l'immeuble. La loi ne pouvait rien prescrire sur ce point.

L'emphytéose est un *droit réel*, c'est un *jus in re* et non *ad rem* (*a*), et cela malgré que le bailleur contracte l'obligation de faire jouir le preneur (art. 573) (*b*), ce qui n'est pas d'usage dans les contrats où un droit réel est transporté ; ainsi l'emphytéote peut exercer l'action possessoire contre tous ceux qui le troublent dans sa jouissance et même contre le bailleur lui-même (art. 572). L'emphytéose est de plus un *droit immobilier* (art. 381), ce qui d'ailleurs se comprend, puisqu'il ne peut se constituer que sur un immeuble.

L'emphytéose diffère—pour ne citer que les contrats auxquels il ressemble sous certains rapports—de l'*usufruit*, du *bail à loyer* et, dans ses effets pratiques, du droit qu'acquiert le *grevé de substitution*.

Il diffère de l'*usufruit*, parce que l'usufruitier, bien qu'il jouisse de la chose comme le propriétaire lui-même (art. 443), ne peut vendre, ni hypothéquer cette chose, il ne peut que céder ou louer son droit d'usufruit (457) ; l'emphytéote, au contraire, peut, sans préjudice aux droits du bailleur, aliéner, transporter et hypothéquer l'immeuble baillé (art. 570), car l'emphytéose emporte aliénation et tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire (art. 569) (*c*). L'usufruitier donne caution et fait inventaire (art. 463 et 464) ; l'emphytéote n'est assujetti à aucune de ces obligations. L'usufruitier ne fait que les réparations d'entretien, les grosses sont à la charge du propriétaire (art 468); l'emphytéote les fait toutes, grosses et petites (art. 577). L'usufrui-

(*a*) Voy. mon tome 2, pp. 389 et suiv.

(*b*) Ce n'est là qu'une manière d'exprimer la garantie qu'il lui doit.

(*c*) J'expliquerai cette expression plus loin.

tier contribue avec le propriétaire au paiement des dettes (art. 474) ; l'emphytéote paie les droits réels et fonciers de l'héritage seulement, (art. 576). Enfin, car je ne puis tout préciser, le propriétaire n'est pas tenu de faire jouir l'usufruitier (art. 463), mais il doit au contraire faire jouir l'emphytéote (art. 573) (*a*).

L'emphytéose diffère du *bail à loyer* en ce que l'emphytéote est tenu d'améliorer et le locataire ne l'est pas, à moins d'une stipulation contraire. Cette stipulation d'améliorer est de l'essence de l'emphytéose, mais ne l'est pas du bail à loyer et ne s'y trouve même qu'exceptionnellement. Les droits du bailleur et du preneur, quant aux améliorations non prévues par le contrat, diffèrent suivant qu'il s'agit d'un bail emphytéotique (art. 582) ou d'un bail ordinaire (art. 1640). L'emphytéote fait toutes les réparations, grosses et petites (art. 577), le locataire ne fait que les menues (art. 1635) ; et tandis que le bail ordinaire peut être pour une période de moins de neuf ans, le bail emphytéotique doit dépasser ce chiffre ; dans l'un comme dans l'autre, cependant, le bailleur doit faire jouir le preneur (art. 573 et 1612) (*b*). Les conditions de la résiliation ne sont pas les mêmes dans les deux cas (art. 574, 1624 et 1641), et la rente emphytéotique n'est pas sujette à réduction comme dans le cas d'un bail à ferme (art 575 et 1650-52) (*c*).

Enfin, les droits de l'emphytéote, on le comprend, diffèrent de ceux du *grevé de substitution* puisqu'on peut sous certains rapports assimiler ce dernier à l'usufruitier. Tous deux possèdent le même droit, résoluble bien entendu, d'aliéner et d'hypothéquer, mais les aliénations de l'emphytéote doivent nécessairement se résoudre (*d*), tandis que celles du grevé de substitution peuvent devenir définitives si la substitution elle-même devient caduque. De même le grevé, au cas de cette caducité, devient propriétaire incommutable, ce qui n'est jamais le cas de l'emphytéote (*e*).

(*a*) J'indique cette différence qui me paraît, cependant, exister plus dans les termes que dans la réalité des choses, car l'obligation de faire jouir l'emphytéote se confond avec celle de garantir le droit qui lui a été cédé.

(*b*) Il n'y a ici ressemblance que dans les mots.

(*c*) Autre différence : le locateur a droit à la saisie-gagerie, mais on a jugé que ce droit ne peut pas être exercé par le bailleur emphytéotique.

(*d*) Sauf, bien entendu, le cas où l'emphytéote deviendrait l'héritier ou l'ayant droit du bailleur.

(*e*) Je n'ai pas voulu comparer l'emphytéose à des contrats avec lesquels elle n'a que peu de points de ressemblance, ni à d'autres contrats

L'emphytéose constitue-t-elle un démembrement du droit de propriété ? Cette question est d'un intérêt plutôt théorique que pratique, mais puisque l'emphytéose est une véritable cession de l'immeuble (art. 567), qu'elle comporte aliénation et que pendant sa durée le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire (art. 569), que le preneur peut aliéner et hypothéquer l'immeuble baillé (art. 570), que cet immeuble peut être saisi réellement par les créanciers du preneur (art. 571), on ne saurait douter qu'un droit aussi étendu ne soit un démembrement de la propriété. Telle paraît, du reste, avoir été la solution du droit ancien ; on y enseignait que le preneur avait le domaine utile de l'immeuble, tandis que le bailleur n'en retenait que le domaine direct. Le code civil ne permet aucun doute sur cette question (*a*).

Une référence à quelques arrêts fera mieux connaître la nature de l'emphytéose.

Dans une ancienne cause de *Gugy* & *Chouinard* (3 R. de L., p. 308), la cour d'appel a jugé que l'acte par lequel un seigneur donne la jouissance d'une terre, d'un emplacement, d'un site de moulin, et du droit de prendre l'eau d'une rivière pour l'exploitation d'un moulin banal, pour plus de neuf années, moyennant une redevance annuelle de deux cents minots de blé, avec la clause que le bailleur pourra reprendre le tout, à l'expiration du terme, en payant l'estimation des améliorations, n'est qu'un bail à loyer et non un bail emphytéotique.

---

qui n'existent plus, tel que le *bail à cens* aboli avec la tenure seigneuriale; cette comparaison sera faite plus loin dans l'esquisse historique de l'emphytéose. Il y a bien l'ancien *bail à rente* que nous appelons contrat de constitution de rente foncière, c'est-à-dire l'aliénation d'un immeuble moyennant une rente, mais il est douteux que ce contrat existe dans son ancienne forme dans notre droit.

Mais il y a un contrat dont traitent les anciens auteurs, avec lequel l'emphytéose présente quelque analogie ; c'est le contrat de *superficie* dont notre code ne parle pas. On entend par là la convention par laquelle le propriétaire d'un terrain loue, donne ou vend la superficie de ce terrain à un autre pour que ce dernier y bâtisse. Il diffère de l'emphytéose en ce que le superficiaire prend le fonds pour y *bâtir*, l'emphytéote pour l'*améliorer*, et que le droit du premier est un droit à la *superficie*, celui du second, un droit au *sol*. Dans un cas comme dans l'autre, le preneur peut aliéner son droit, l'emphytéote le sol, le superficiaire la superficie, san le consentement du bailleur ; et à la fin de l'un et de l'autre, le bailleur reprend soit la maison, soit les améliorations. Voy. d'autres détails dans le traité du *Louage* de Troplong, nos 30 et 33. Laurent traite spécialement de ce contrat, t. 8, p. 490.

(*a*) On pourra consulter les remarques du juge Jetté sur cette question, dans la cause de *Cossit* & *Lemieux*, 25 L. C. J., p. 317.

Dans la cause de *Dufresne* v. *Lamontagne* (8 L. C. J., p. 197), le juge Loranger a décidé que, depuis l'abolition du système féodal, le bail à cens n'étant plus reconnu, notre loi ne reconnaît comme baux à long terme que le bail à rente et le bail emphytéotique (*a*). Dans l'espèce, il s'agissait du bail d'un terrain vague pour quinze années, avec obligation par le preneur d'y faire des constructions qui, à la fin du terme, seraient la propriété du bailleur moyennant une certaine indemnité, faute de paiement de quoi, le preneur deviendrait propriétaire du terrain et des constructions sur paiement d'une somme fixée, et la cour a déclaré ce bail un bail emphytéotique.

Dans la cause de *Blanchet* v. *Le Séminaire de Quebec* (15 L. C. R., p. 104), le juge Stuart a jugé qu'il ne peut y avoir bail emphytéotique sans canon ou rente emphytéotique.

Le juge Jetté a décidé, dans une cause de *Cossit* v. *Lemieux* (25 L. C. J., p. 317 ; 5 L. N., p. 10), qu'avant le code civil l'obligation d'améliorer l'immeuble baillé n'était pas de l'essence de l'emphytéose.

Mais on ne saurait douter de la nécessité de la stipulation d'améliorer depuis la codification. Ainsi, dans la cause de *Le crédit-foncier franco-canadien* v. *Young* (9 Q. L. R., p. 317), le juge McCord a jugé qu'un bail fait depuis la mise en vigueur du code civil, pour plus qu'une rente nominale, sans que le preneur se soit engagé d'améliorer l'immeuble, ne constitue pas un bail emphytéotique, bien qu'il ait été fait pour vingt-neuf ans.

Dans la cause de *The Great North-Western Telegraph Co.* v. *The Montreal Telegraph Co.* (17 R. L., p. 203 ; M. L. R., 6 S. C., p. 68), le juge Mathieu a décidé qu'un bail ordinaire peut être fait pour plus de neuf ans sans constituer pour cela un bail emphytéotique.

La cour d'appel a affirmé le principe de l'article 567 en jugeant, dans la cause de *Fraser & Brunette* (19 R. L., p. 306), que le bail d'un immeuble pour dix ans, moyennant une rente annuelle et à la charge par le preneur d'y faire des améliorations, est un bail emphytéotique.

Enfin, dans la cause de *Larue* v. *Bellerive* (17 Q. L. R., p. 154), la cour de révision, à Québec, a jugé qu'un bail par lequel il est convenu que le preneur ne sous-louerait pas sans

---

(*a*) Je ne vois aucune objection à ce qu'un simple bail à loyer ne soit constitué à long terme. Voy., *infra*, la cause de *The Great North-Western Telegraph Co.* v. *The Montreal Telegraph Co.*

le consentement du bailleur, que le bail ne durerait que tant que le preneur occuperait lui-même l'immeuble et que ce preneur ne construirait que sur une partie indiquée de l'immeuble, ne constitue pas un bail emphytéotique, mais un simple bail à loyer qui ne donne pas au locataire qualité pour porter une action confessoire.

II. Histoire de l'emphytéose.—Les dispositions de notre code sur l'emphytéose sont fort incomplètes. Plusieurs points ont été laissés dans l'ombre ; sur d'autres, le législateur se sert d'expressions inexactes ou trop absolues qui ont besoin d'explication ; par exemple, la déclaration de l'article 569 que l'emphytéose emporte *aliénation* et que tant qu'elle dure le preneur jouit de *tous les droits attachés à la qualité de propriétaire.* Pour interpréter la pensée du législateur, il faut étudier la nature intime du contrat d'emphytéose, et comment l'étudier si nous ne remontons à ses origines, en tenant compte des modifications que des régimes politiques disparates lui ont fait subir. J'ai cru ne pouvoir mieux faire que de donner un pâle et succinct résumé de la belle et magistrale étude historique que Troplong a faite de ce contrat (*a*).

On le sait, Romulus avait divisé le territoire romain en trois parties, l'une pour le roi et le culte, l'autre pour les citoyens, la troisième pour l'État et le pâturage ; ce dernier domaine portait le nom d'*ager publicus*, et il s'enrichit dans la suite des conquêtes des armées romaines. Presque en entier, ce domaine était possédé par les patriciens, qui payaient à l'État—quand ils ne se servaient pas de leur puissance pour s'en affranchir—une redevance, ordinairement du dixième, appelée *vectigal.* Cependant, ce privilège des patriciens sur l'*ager publicus* n'était qu'une simple possession ; vis-à-vis des tiers, il est vrai, ils avaient la libre disposition de la chose, ils pouvaient l'aliéner et la transmettre par succession, mais leur droit était révocable au gré de l'État, et les tribuns du peuple, révoltés de cet accaparement de vastes domaines par une classe privilégiée, ne se proposaient, par leurs lois agraires, que d'invoquer cette révocabilité inhérente à l'État, au bénéfice du peuple tout entier.

Cette possession toute précaire de terres publiques ne res-

(*a*) *Louage*, nos 31 et suivant. Toute cette étude est à lire, car elle jette une vive lumière non seulement sur l'emphytéose, mais encore sur la tenure des terres sous l'empire du droit romain et du droit féodal français. Voy. aussi l'ouvrage de Pepin Le Halleur.

semble en rien à l'emphytéose, et de fait l'*ager publicus*, démembré par les guerres civiles, divisé entre les légionnaires et les factieux, disparut comme domaine distinct, avant que le droit de ses possesseurs eût pu offrir quelques-uns des traits caractéristiques du bail emphytéotique.

Troplong trouve la source de l'emphytéose dans le régime de l'*ager vectigalis*. Les villes romaines avaient des domaines communs appartenant à la cité ; une partie de ces domaines, probablement mieux cultivée et plus productive, se louait par des baux ordinaires. L'autre portion, qui était stérile et inculte, partant, inutile à la communauté qui la possédait, était concédée à perpétuité, souvent à des familles pauvres, moyennant un canon appelé *vectigal*, d'où le nom de ces terrains *ager vectigalis*. On se proposait ainsi d'arracher ces *latifundia* à leur abandon, de les faire défricher et cultiver, ce qui est le but même de l'emphytéose (*a*).

Les concessions de l'*ager vectigalis* se faisaient à perpétuité; telle était la règle. Cependant, on rencontrait des exemples de concessions temporaires ; mais, ce n'était là qu'une exception à cette règle, exception qui, chez nous, comme en France de nos jours, est devenue la règle non seulement générale mais invariable.

Les droits du conducteur de l'*ager vectigalis*, à la différence de ceux du possesseur de l'*ager publicus*, étaient irrévocables tant qu'il payait exactement le canon. Vis-à-vis des tiers, ils étaient si étendus qu'on se demandait s'il n'était pas plutôt l'acheteur de la chose que le bailliste. Mais, d'après l'opinion générale, il n'était pas propriétaire. On lui reconnaissait le *jus in re* et l'action réelle, le *jus prædii*, le *jus servitutis*. Bien plus, on l'assimilait au fermier. Papinien lui donnait l'action en diminution de la rente lorsque l'année avait été stérile, et quand il dégradait le fonds qu'il était chargé d'améliorer, il encourait la peine de la résiliation.

Nous allons maintenant rencontrer le mot *emphytéose* dans le langage juridique de Rome. Une des plaies de l'empire romain était la dépopulation des campagnes qui devinrent des déserts incultes. On eut recours pour arrêter le mal à divers expédients : exemptions d'impôts, lois pour encourager le mariage, tout fut essayé. Les empereurs, possesseurs d'immenses domaines, dernier vestiges de l'*ager publicus*, cherchè-

---

(*a*) Le terme *emphytéose* est tiré d'un mot grec qui signifie *planter*, *améliorer* une terre.

rent à en tirer partie en en multipliant les concessions. Ces concessions impériales furent qualifiées d'*emphytéose*, tandis que les terrains concédés par les villes conservaient encore la désignation d'*ager vectigalis*, mais Tribonien les confondait facilement, et appelait l'*ager vectigalis*, *ager emphyteuticarius* (*a*).

En vertu de ces concessions emphytéotiques, l'emphytéote avait des droits très étendus ; il profitait des esclaves attachés au domaine et pouvait même les affranchir, il avait tout l'émolument de la chose qu'il transmettait à ses descendants à perpétuité. Quant à son droit d'aliéner, une constitution de Constantin lui permettait de donner sans s'être muni d'une autorisation, laquelle était requise, d'après Cujas, lorsqu'il s'agissait d'une vente. Il payait un canon qui consistait partie en denrées, partie en or, mais, pour le favoriser, on l'exemptait de certains impôts.

Jusqu'au règne de l'empereur Zénon, l'emphytéose s'était limitée aux concessions de terres impériales et municipales, mais vers ce temps les citoyens commencèrent à y avoir recours. Dès ce moment on vit renaître des questions qui paraissaient assoupies, et les prétentions des preneurs d'un côté et les exigences des bailleurs de l'autre, furent la cause de nouvelles difficultés. Pour les trancher Zénon fit de l'emphytéose un contrat mitoyen entre la vente et le louage. La perte totale fut mise au compte du propriétaire, la perte partielle, au contraire, devint l'un des risques du contrat et le preneur ne pouvait plus demander, de ce chef, aucune diminution du canon. Plus tard, Justinien statua que le preneur ne pourrait vendre son droit sans en avoir dénoncé le prix au bailleur ; aute par ce dernier d'avoir exercé son droit de préféren e dans les deux mois, la vente était permise, mais il était dû au bailleur, sur cette vente, un droit d'un cinquantième du prix. Justinien décréta également que la commise (*b*) ne serait encourue que faute par le preneur de payer, pendant trois ans, e canon emphytéotique. Cette constitution de Justinien fut ouvent invoquée au moyen âge à l'appui de la prétention des seigneurs de se faire payer des lods et ventes.

Telle fut l'emphytéose lors de la chute de l'empire romain. Ce contrat survécut à cette chute et l'on en trouve des exemples dans l'histoire des Gaules. Il fut cependant absorbé par un

---

a) Ulpien a été le premier à parler du *jus emphyteuseos*.

On entend par *commise* la résiliation du bail.

contrat qui devait son origine à la féodalité, le bail à cens, à tel point que Dumoulin atteste que l'on ne connaissait presque plus dé son temps de véritables emphytéoses. Et pourtant l'emphytéose, telle que réglementée par les derniers monuments de la législation romaine, et le bail à cens, produit spontané de la féodalité, différaient essentiellement. Nous avons vu que l'emphytéose avait pour but l'amélioration de terrains incultes : le défaut de payer la rente pendant trois ans ou de dénoncer la vente des droits du preneur la faisait tomber en commise Le bail à cens, au contraire, se faisait de terrains cultivés ou incultes indistinctement, l'amélioration du fonds était l'affaire du preneur ; le défaut de payer la rente n'entraînait pas la commise et le vassal aliénait librement, sauf le paiement des lods et ventes. On reconnaissait également que le droit du preneur à la chose baillée était plus absolu dans le bail à cens que dans l'emphytéose, et ceux qui refusaient le domaine utile à l'emphytéote, ne lui accordant qu un quasi-domaine, admettaient, au contraire, que le vassal en était investi. Des points de ressemblance, d'un autre côté, existaient entre les deux contrats ; dans l'un et l'autre le bailleur recevait une rente, ce qui créait entre lui et le preneur des rapports de supérieur à inférieur, et la perte totale etait supportée par le bailleur, la perte partielle par le détenteur.

Il en est résulté une confusion entre les deux contrats. Le seigneur emprunta l'idée de ses lods et ventes à l'emphytéose romaine et l'aveu de suzeraineté qui résultait du paiement du cens, finit par affecter l'emphytéose et tout contrat où une rente était payée pour la jouissance d'un terrain. Cette confusion amena l'absorption de l'emphytéose dans le bail à cens, le mot même d'emphytéose fut regardé comme équivoque, et comme ce dernier contrat faisait la condition du preneur plus dure, on n'en présumait l'existence que lorsqu'il avait été clairement et expressément stipulé. On n'insista plus sur l'amélioration des terrains concédés ; même la commise tomba en désuétude et il fallait que le preneur s'y fût formellement soumis. On en arriva ainsi à soutenir que l'emphytéose perpétuelle de biens roturiers n'était autre chose qu'un bail à rente (*a*).

Ecartant ces idées confuses et tenant compte des modifications que les usages français ont fait subir à l'emphytéose, Troplong conclut qu'on peut donner de ce contrat deux défi-

---

(*a*) Troplong cite, dans ce sens, Hervé et Argou.

nitions. La première est plus étroite et plus conforme à l'étymologie. C'est la concession temporaire ou perpétuelle d'un terrain allodial (*a*) nu et stérile, à charge par le preneur de l'améliorer et de payer une modique redevance établie en reconnaissance du domaine direct réservé par le bailleur. La seconde définition de l'emphytéose est plus large et, dit Troplong, plus en harmonie avec les altérations qu'on avait apportées, sous ce rapport, au droit romain. " L'emphytéose," dit-il, " n'est pas seulement un contrat qui a pour but l'amélioration " de terres stériles, c'est encore une convention par laquelle " un propriétaire concède à perpétuité ou pour un long temps, " un terrain, même productif, à l'effet, par le preneur, d'en " jouir moyennant une modique redevance annuelle et de ne " pouvoir en être privé par le concédant, qu'en cas non paie- " ment du canon " (*b*). Il n'est pas question ici de l'amélioration du fonds.

Je crois que nous pouvons accepter cette dernière définition comme rendant compte des transformations que l'emphytéose avait subies depuis la chute de l'empire romain. J'ajoute que le droit du preneur d'aliéner sans entraves ne souffrait pas doute en France.

Sans m'attarder à parler d'une controverse qui a divisé les auteurs français, sur la question de savoir si le preneur avait ou non le domaine utile de la chose (*c*)—question qui n'o pas d'intérêt pratique dans notre droit qui définit d'une manière assez précise les droits que l'emphytéote peut exercer —je puis dire qu'on s'accordait généralement à attribuer le domaine utile à l'emphytéote et le domaine direct au bailleur. Troplong conteste cette doctrine qui serait inexacte ; selon lui,

---

(*a*) On entend par *terrain allodial* un terrain tenu en franc-alleu.

(*b*) Ou en cas d'abus de jouissance. C'était là également un cas de déchéance sous l'ancien droit, comme sous le droit romain. Voy. Domat (éd. Remy), t. 1, p. 223.

(*c*) On distinguait deux domaines : le *domaine direct* et le *domaine utile*. Le premier était un domaine de supériorité, c'était le droit ancien et primitif, dont on avait détaché le domaine utile par l'aliénation qu'on en avait faite ; en d'autres termes, c'était le droit de se faire reconnaître comme seigneur et d'exiger certains devoirs et redevances recognitifs de cette seigneurie. Le second renfermait tout ce qu'il y avait d'utile, comme le droit de percevoir les fruits d'une chose et d'en disposer ; c'était vraiment le droit de propriété. Voy. Pothier, *Propriété*, nº 3. On donnait également, dans l'usage, au mot " *domaine utile* " un sen moins strict, en le limitant au simple droit de percevoir les fruits de l chose.

le preneur n'aurait qu'un *quasi-domaine* (*a*). Ce sont là des questions purement théoriques auxquelles je ne vois pas la nécessité de m'attacher davantage (*b*).

En prenant place dans notre droit moderne, l'emphytéose est devenue temporaire, mais l'obligation d'améliorer a été reconnue comme une condition essentielle du contrat. La modicité de la redevance, disent les codificateurs, n'est pas nécessaire. De fait, notre code reconnaît, sur ce point, la liberté des conventions. Quant à la nature de l'emphytéose, l'article 569 dit qu'elle comporte aliénation et que tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de preneur. J'expliquerai cette expression plus loin.

III. **Durée de l'emphytéose**.—La loi fixe le minimum et le maximum de durée de l'emphytéose ; entre ces deux termes extrêmes, la convention des parties est libre. " La durée de " l'emphytéose," dit l'article 568, " ne peut excéder quatre- " vingt-dix-neuf ans, et doit être de plus de neuf." Il en est aujourd'hui sous ce rapport de l'emphytéose comme des rentes foncières ou autres qui affectent des immeubles (art. 389 à 392). C'est l'effet de la disposition du chapitre 50 des statuts refondus pour le Bas-Canada que j'ai expliquée ailleurs (*c*).

Mais remarquons cette différence entre ces rentes et l'emphytéose : les premières sont essentiellement rachetables, le rachat n'en peut être différé que de trente ans depuis leur constitution (art. 389, 390). Les rentes emphytéotiques, au contraire, ne sont pas soumises à ce rachat ; le bail, hors les cas de résolution et de déguerpissement, ne prend fin qu'au terme convenu (art. 392).

Cependant, comme le dit notre article, les parties ne peuvent stipuler l'emphytéose pour une période dépassant quatre-vingt-dix-neuf ans ; ce terme expiré, le bail prend forcément fin. Il ne peut être continué que par une nouvelle convention intervenue lors de son expiration, c'est-à-dire par un nouveau bail. Aucune clause de prorogation du terme au delà de la

---

(*a*) Demolombe, t. 9, n° 491, se demande avec raison quelle idée peut renfermer ce mot.

(*b*) Comp. Laurent, t, 8, n°s 342-344. Il ne reconnaît à l'emphytéote qu'une *action utile*.

Le juge Jetté a discuté cette question dans la cause de *Cossit* v. *Lemieux* (25 L. C. J., p. 317). Il croit que nos codificateurs ont accepté sans restriction la distinction du domaine direct et du domaine utile.

(*c*) Tome 2, p. 445.

période fixée par la loi, ne peut être stipulée lors de la constitution de l'emphytéose, car ce serait donner au bail une durée que le législateur lui refuse. Ce bail n'est même pas susceptible de tacite reconduction (art. 579) ; à la fin du terme stipulé, et cela quelle que soit sa durée, il ne peut intervenir qu'un nouveau bail.

Mais, du fait qu'on aurait stipulé une durée de plus de quatre-vingt-dix-neuf ans, il ne faudrait pas conclure à la nullité du bail. S'il est constant que c'est bien l'emphytéose qu'on a voulu constituer, le bail vaudra, mais il prendra fin à l'expiration de quatre-vingt-dix-neuf ans. Cette conséquence ne serait pas douteuse, même en l'absence d'un texte formel, mais nous avons ce texte dans l'article 579, qui dit que l'emphythéose prend fin " par l'expiration du temps pour lequel " elle a été contractée, ou après quatre-vingt-dix-neuf ans, au " cas où un terme plus long aurait été stipulé."

IV. L'emphytéose emporte aliénation—Conséquences de ce principe. —L'emphytéose est une véritable cession d'un immeuble, l'article 567 le dit en toutes lettres, le preneur a un droit réel, *jus in re*, et dans l'ancien droit, on enseignait généralement qu'il avait le domaine utile de la chose (*a*). Ce caractère de l'emphytéose ressort encore mieux de la disposition de l'article 569 qui se lit comme suit :

569. " L'emphytéose emporte aliénation ; tant qu'elle dure, " le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de " propriétaire. Il n'y a que celui qui a la libre disposition de " ses droits qui puisse la constituer."

L'emphytéose emporte aliénation ; tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. Quel est le sens de ces mots ? Le preneur jouit-il réellement de *tous* les droits attachés à la qualité de propriétaire ? La propriété, on le sait, " est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue " (art. 406); elle comprend le droit non seulement d'*user* (*jus utendi*), mais encore d'*abuser* (*jus abutendi*), c'est-à-dire de dénaturer, de détériorer, de détruire la chose qui en est l'objet (*b*). Donc, si l'emphytéote jouit de *tous* les droits attachés à la qualité de propriétaire, il aura nécessairement le droit d'*abuser* (*c*) de

(*a*) Voy. *supra*, p. 191.

(*b*) Voy. mon tome 2, pp. 476 et suiv

(*c*) J'emploie ce terme dans le sens du mot latin *abutere*.

la chose qui lui est baillée, de la dénaturer, de la détériorer, de la détruire. Or, ce droit il ne le possède pas ; s'il commet des actes d'abus, il encourt la déchéance du bail, c'est le législateur lui-même qui le déclare (art. 578). Il est donc inexact de dire d'une manière aussi absolue que le preneur jouit de *tous* les droits attachés à la qualité de propriétaire (*a*).

Mais le législateur a voulu constituer un démembrement de la propriété, attribuer au preneur toute l'utilité de la chose, sauf les droits du bailleur, qui reprendra cette utilité à l'expiration du bail. Si le preneur pouvait détériorer ou détruire l'immeuble qui lui est cédé, il porterait atteinte aux droits du bailleur, qui ne retrouverait plus l'immeuble ou le reprendrait diminué en valeur à la fin du terme stipulé, et cela dans un contrat dont le but essentiel est l'amélioration de la chose. Donc, l'emphytéose emporte *aliénation* dans ce sens que le bailleur *aliène*, pendant un terme d'années, toute l'utilité de la chose, à la charge par l'emphytéote de conserver cette chose et de l'améliorer, et le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriété, à la condition de rendre l'immeuble amélioré à l'expiration du bail. Ainsi entendue, l'expression dont se sert le législateur n'a rien de trop absolu.

J'ai déjà dit que, sous l'ancien droit, on définissait généralement le droit du preneur en disant qu'il avait le *domaine utile* de la chose, expression que Troplong, à l'exemple de Cujas, remplace par celle de *quasi-domaine*, dont le sens est loin d'être clair. La cour de cassation, par un arrêt du 1er avril 1840, Sirey, 1840. 1. 433, a jugé que l'emphytéose à temps est une *aliénation temporaire de la propriété*, mais cette définition a été vivement critiquée, car l'aliénation doit être, de son essence, perpétuelle. Troplong, lui-même, dans son traité *Des privilèges et hypothèques*, t. 2, nº 405, s'est servi de cette expression, mais il explique dans son traité *Du louage*, nº 32, qu'il entendait par là le droit de percevoir les fruits (*b*).

Je crois que nous pouvons nous dispenser de donner un nom au droit de l'emphytéote ; ce serait d'ailleurs une entreprise périlleuse comme nous venons de le voir. Le législateur lui-même n'a pas su éviter l'écueil, car il a employé une

(*a*) Le preneur a le droit de disposer de la chose, ce qui est compris dans le *jus abutendi*, mais il n'en dispose pas " de la manière la plus absolue," il ne le fait que sans préjudice aux droits du bailleur.

(*b*) Si la *propriété* pouvait être *temporaire* et *limitée*, on ne saurait trouver une expression qui rende mieux compte de l'emphytéose.

expression inexacte en disant que le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. Que ce soit domaine utile, quasi-domaine ou propriété temporaire, il est certain que l'emphytéote reçoit toute l'utilité de la chose, à la charge de conserver cette chose, de l'entretenir et de l'améliorer. Les principaux droits du preneur sont précisés par le code ; les autres découleront du principe que le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, entendu comme il doit l'être.

Et à ce propos, et avant de tirer les conséquences de ce principe que le législateur lui-même a indiquées, nous pouvons nous demander si l'emphytéote a le droit de faire des coupes de bois, d'exploiter des mines ou carrières et de garder le trésor trouvé sur le fonds ou la partie de ce trésor que la loi réserve au propriétaire.

Quant aux coupes de bois et à l'exploitation des mines et carrières, rappelons que l'usufruitier ne possède pas ces droits en principe. Son droit aux bois est très restreint ; il ne peut s'en servir que dans la limite de ses besoins, et en se conformant à l'usage des lieux ou à la coutume des propriétaires (art. 455). Il ne peut exploiter les mines et carrières que si elles ont été exploitées par le propriétaire, et alors, il ne fait que continuer cette exploitation de la même manière qu'elle a été commencée (art. 460).

Maintenant l'emphytéote, plus favorisé que l'usufruitier, jouit-il de ces droits ?

Sous l'ancienne jurisprudence, au témoignage de Troplong (*a*), on lui contestait le droit de fouiller des mines et carrières, et on justifiait cette doctrine en disant que l'emphytéote ne prenait la chose qu'à la condition de l'améliorer ou tout au moins de ne pas la rendre en plus mauvais état, et que c'eût été appauvrir l'immeuble que d'en extraire les produits en question. Je crois que cette raison est décisive et qu'au fond le débat se résout à une question de fait. La coupe des bois, l'exploitation des mines et carrières auraient-elles l'effet de détériorer l'immeuble ? Si la réponse est affirmative, on doit refuser ce droit à l'emphytéote, car il n'a pas le droit de détériorer l'immeuble baillé (art. 578). Si, au contraire, il n'y aurait pas détérioration, si surtout l'exploitation des mines et carrières était en voie lors du bail, je ne vois pas comment on refuserait au

---

(*a*) *Louage*, n° 38.

preneur un droit dont l'usufruitier lui-même jouit (*a*). Indépendamment de ces considérations, j'accorderais à l'emphytéote le droit que possède l'usufruitier de prendre sur les arbres renversés accidentellement ceux dont il a besoin pour son usage, et d'abattre des arbres pour réparer le fonds si ceux-là ne suffisent pas (art. 455); de puiser dans les mines et carrières les matériaux nécessaires pour les réparations (art. 460), car les droits de l'emphytéote ne peuvent être inférieurs à ceux de l'usufruitier. Je reviendrai sur cette question.

Quant au droit de l'emphytéote à la part du propriétaire, *jure fundi*, dans le trésor trouvé sur le fonds, la question était controversée sous l'ancien droit. Voet, cité par Troplong (*b*), attribuait le trésor à l'emphytéote. Troplong dit que le code hollandais a adopté le sentiment de Voet en accordant (art. 768) à l'emphytéote *tous les droits attachés à la propriété du fonds*. Or notre code se sert d'une expression analogue en disant que le preneur jouit de *tous les droits attachés à la qualité de propriétaire* (art. 569). On ne pourrait donc pas, à mon avis, contester à l'emphytéote le droit au trésor, d'autant plus qu'il ne peut être question, dans ce cas, de détérioration du fonds.

Pour réaffirmer de nouveau le principe de l'article 569, afin de pouvoir en tirer ses conséquences juridiques, l'emphytéose emporte aliénation et tant qu'elle dure, le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité du propriétaire, sans pouvoir détériorer l'immeuble baillé. Donc, pendant la durée du bail, le preneur a toute l'utilité de la chose. Ce n'est pas à dire que le bailleur soit dessaisi de son droit, il n'en a perdu que la jouissance; il est toujours propriétaire et il peut vendre l'immeuble baillé, sauf le droit de l'emphytéote si ce dernier a fait enregistrer son bail. La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Hunt & Danais* (8 L. C. R., p. 235), qu'un immeuble détenu par le preneur emphytéotique, après l'expiration du bail, peut être valablement saisi comme appartenant au bailleur auquel il doit revenir. La détention du preneur —après l'expiration du bail, s'il n'y a prescription en sa faveur en vertu d'une interversion de titre—est la détention sans droit de la chose d'autrui. Il est clair que les créanciers du bailleur peuvent saisir cette chose, comme, du reste, ils peuvent

---

(*a*) Cette distinction est faite par l'article 768 du code hollandais et par la loi belge. Voy. Laurent, t. 8, nº 378.

Voy. *infra*, p. 198, la cause de *Coffin* v. *Quinn*.

(*b*) *Loco citato*. Laurent, t. 8, nº 377, conteste cette doctrine.

le faire en tout temps, que le bail soit ou non expiré ; au dernier cas, l'immeuble sera vendu à la charge de l'emphytéose. Conformément à ce principe, le juge T. J. J. Loranger a décidé, dans la cause de *Précourst* v. *Vidal* (1 R. L., p. 42), que les droits du bailleur emphytéotique peuvent être saisis et décrétés comme un immeuble par les créanciers du bailleur (*a*) ; que dans ce cas le domaine direct seul est saisi et vendu, et que le décret n'affecte pas les droits de l'emphytéote et ne change en aucune manière les conditions de l'emphytéose, seulement, l'emphytéote change de créancier et doit payer le canon emphytéotique à l'adjudicataire, au lieu de le payer à son bailleur comme avant le décret.

L'emphytéote jouissant des droits du propriétaire pendant toute la durée du bail, c'est lui qui reçoit le prix de l'immeuble quand cet immeuble est exproprié, et cela malgré que le droit du bailleur soit également compris dans l'expropriation. Mais il ne reçoit ce prix qu'à la charge de le rendre au bailleur à l'expiration du bail. Dans la cause de *Ex parte, The Grand Trunk Railway Co.* (6 L. C. R., p. 54), on a jugé, avant le code, que l'indemnité payée en cour par une compagnie de chemin de fer, sur expropriation d'un terrain tenu à bail emphytéotique, doit être adjugée au preneur, de préférence au bailleur, sur le cautionnement du preneur de payer la rente et de rendre la somme à l'expiration du bail ; et que le preneur est propriétaire du terrain baillé et a droit de recevoir la somme déposée en cour par une compagnie de chemin de fer pour valeur du terrain exproprié, et qu'il ne peut être contraint de recevoir les intérêts seulement (*b*).

(*a*) C'est l'immeuble lui-même, comme chargé d'emphytéose, qu'on saisit et vend, mais, bien entendu, la vente ne transporte que les droits purement passifs du bailleur.

(*b*) Nul doute que l'expropriation éteint l'emphytéose comme tout autre droit réel, mais on assimile, en France, l'emphytéote à l'usufruitier, et on décide que le bailleur et le preneur exerceront leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de les exercer sur la chose. Voy. Laurent, t. 8, nº 408. Dalloz, vº *Expropriation pour cause d'utilité publique*, nº 618, dit qu'une seule indemnité sera allouée et que cette indemnité sera placée, le preneur en retirant les intérêts, déduction faite du canon. Il ajoute que si l'emphytéote avait élevé des constructions qui, d'après le bail, ne devaient appartenir au bailleur, à la fin de l'emphytéose, qu'à la charge par lui d'en payer la valeur, il y aurait lieu de fixer séparément l'indemnité de ces constructions ; et même l'emphytéote pourrait toucher immédiatement cette indemnité, si l'indemnité du fonds suffisait pour garantir le paiement de la rente.

L'arrêt que j'ai cité en texte me paraît conforme à la rigueur des prin-

Tous ces droits du preneur sont de la nature du contrat d'emphytéose, mais n'étant pas de son essence, ils peuvent être restreints en vertu d'une stipulation expresse. Ainsi, le juge Wurtele a décidé, dans une cause de *Coffin* v. *Quinn* (14 L. N., p. 306), que les droits de propriété cédés par bail emphytéotique peuvent être restreints, le bailleur ayant le droit de se réserver le droit d'extraire du minerai sur l'immeuble baillé.

Nous allons maintenant étudier quelques conséquences que le législateur tire du principe que l'emphytéose emporte aliénation tant qu'elle dure (*a*).

PREMIÈRE CONSÉQUENCE.—*L'emphytéose ne peut être consentie que par celui qui a la libre disposition de ses biens.*— Cette conséquence ne souffre aucune difficulté, l'emphytéose étant l'aliénation de toute l'utilité de la chose, le bailleur doit avoir le pouvoir d'aliéner la chose qu'il donne à titre d'emphytéose. La deuxième partie de l'article 569 dit qu' " il n'y a " que celui qui a la libre disposition de ses biens qui puisse la " constituer."

Donc l'exercice de ce droit est interdit aux mineurs émancipés ou non, et il n'appartient pas aux tuteurs, curateurs ou administrateurs des biens d'autrui. Le mandataire ne peut constituer l'emphytéose au nom du mandant que si ce dernier lui en a donné un pouvoir exprès (art. 1703).

Le tuteur ou le curateur peut-il, avec l'autorisation de la justice, sur consultation du conseil de famille, céder les biens de son pupille à titre de bail emphytéotique ? Il n'y a aucune raison d'en douter, puisqu'il peut être autorisé à les aliéner absolument. Mais, en pratique, l'autorisation de consentir un bail dont la durée peut être si longue, ne s'obtiendrait que dans des cas absolument exceptionnels. Il serait difficile de justifier

---

cipes, car l'emphytéose est une aliénation, et le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire. Le cautionnement exigé est peut-être arbitraire. L'emphytéote n'est pas dans la position du créancier conditionnel sur distribution de deniers, dont parle l'article 730 du code de procédure civile, et qui ne touche les deniers que sur cautionnement de les rapporter si la condition ne se réalise pas ou devient impossible.

J'ai touché à cette question, quant à l'expropriation de l'immeuble grevé d'un usufruit, dans mon tome 2, pp. 593 et 635, et j'ai dit que l'usufruitier peut retirer l'indemnité, sauf à la rendre à l'expiration de l'usufruit. Il doit en être ainsi à plus forte raison de l'emphytéote.

(*a*) Je puis renvoyer à la cause de *Gould & The Mayor, etc., of Montreal* (3 L. C. J., p. 197) pour la discussion du principe énoncé par l'article 569 que l'emphytéose emporte aliénation ; l'opinion de feu le juge en chef Lafontaine surtout est à lire. Cette décision est antérieure au code.

de l'avantage évident dont parle l'article 298 de constituer une semblable emphytéose. Et au cas de la nécessité qui peut, aux termes du même article, justifier une aliénation de biens de mineur, il sera le plus souvent plus simple d'aliéner cet immeuble absolument. La durée plus ou moins longue du bail serait sans doute un élément que l'autorité judiciaire, à laquelle on demanderait cette autorisation, devrait prendre en considération, car un bail emphytéotique de dix à quinze ans pourrait être d'un grand avantage pour un mineur très jeune, alors qu'un bail pour quatre-vingt-dix-neuf ans serait ruineux pour lui.

Les corporations peuvent céder leurs biens à titre d'emphythéose en se soumettant aux mêmes formalités que pour l'aliénation de ces biens. Je n'ai pas à répéter ici ce que j'ai dit de l'aliénation des biens des corporations qui sont mainmortes (*a*). Dans l'ancien droit on distinguait l'emphytéose des biens ecclésiastiques de l'emphytéose des biens séculiers. Cette distinction a également sa raison d'être, bien que le contrat lui-même soit le même.

DEUXIÈME CONSÉQUENCE.—*Le preneur peut aliéner et hypothéquer l'immeuble baillé.*—La cession au preneur de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire, emporte la faculté, pour le preneur, non seulement d'aliéner ces droits, mais de disposer de l'immeuble même qui lui a été baillé, ce qui au fond est la même chose, puisque l'aliénation ne se fait que sans préjudice aux droits du bailleur. " Le preneur qui jouit " de ses droits," dit l'art. 570, " peut aliéner, transporter et " hypothéquer l'immeuble ainsi baillé, sans préjudice aux " droits du bailleur ; s'il ne jouit pas de ses droits, il ne le peut " faire sans autorisation et formalités de justice." Sous ce rapport, l'emphytéote est dans une situation analogue à celle du grevé de substitution (art. 949), avec cette différence que l'aliénation de ce dernier peut, en cas de caducité de la substitution, devenir définitive ; celle de l'emphytéote ne le peut jamais (*a*).

Ajoutons que l'emphytéote peut disposer de l'immeuble à titre onéreux ou gratuit, et tant par actes entre vifs que testamentaires. Il transmet cet immeuble dans sa succession à ses

---

(*a*) Voy. mon tome 2, pp. 358 et suiv.

(*b*) Je ne tiens pas compte de la circonstance exceptionnelle où l'emphytéote deviendrait l'héritier ou l'ayant droit du bailleur, cette exception se rattachant à un autre ordre d'idées.

héritiers légaux comme tous ses autres biens, le tout sans préjudice aux droits du bailleur.

Sous l'empire du droit romain, je l'ai dit ailleurs, l'emphytéote qui voulait aliéner ses droits était tenu, à peine de commise, c'est-à-dire de la résiliation du bail, d'en prévenir le bailleur et de lui dénoncer le prix de l'aliénation. et le bailleur, en exerçant le droit de prélation, pouvait, dans les deux mois, retenir l'héritage en payant ce prix. Après ce délai, et si le bailleur n'avait pas repris l'héritage, le preneur était libre de vendre ses droits, pourvu que ce fût à personne capable et non prohibée. Dans notre droit, la faculté du preneur d'aliéner n'est soumise à aucune condition semblable (*a*), mais cette faculté peut être restreinte par la convention des parties.

Mais encore, puisqu'il s'agit pour le preneur d'accomplir des actes de disposition, il doit pour cela avoir l'exercice de ses droits, ce qui est également vrai de l'acquéreur. Si le preneur est mineur ou interdit, il ne pourra aliéner, transporter ou hypothéquer l'immeuble qu'avec l'autorisation de la justice et en remplissant les formalités prescrites en pareil cas. Cette autorisation aura pour motif un cas de nécessité ou un avantage évident (art. 298).

L'acquéreur de l'immeuble prend tout simplement la place de l'emphytéote ; il doit donc servir au bailleur la même rente et accomplir les autres conditions stipulées par le titre constitutif de l'emphytéose, car l'aliénation se fait sans préjudice aux droits du bailleur. A l'expiration du bail, sauf par le déguerpissement de l'emphytéote, l'aliénation cesse de produire des effets, car l'acquéreur n'a acquis que les droits du preneur (*b*).

(*a*) La cour de révision, à Québec, a rendu un arrêt en ce sens, dans la cause de *Lampson* v. *Bélanger* (R. J. Q., 7 C. S., p. 162), jugeant que le preneur n'est pas tenu d'offrir l'immeuble au bailleur avant de le vendre à un tiers, ni de payer les arrérages de la rente avant de pouvoir disposer de cet immeuble.

(*b*) Mais si l'aliénation était pure et simple, le bailleur n'aurait pas, à vrai dire, de recours personnel contre l'acquéreur, mais il pourrait exercer l'action hypothécaire si l'immeuble était hypothéqué au paiement de la rente, et forcer le détenteur à lui passer titre nouvel, aux termes de l'article 2061, ou bien demander la résiliation du bail si cette rente restait impayée pendant trois ans.

Je puis ajouter que, dans la cause de *Lampson* v. *Bélanger* citée plus haut, la cour de révision, à Québec, a jugé que, lorsque l'acte de vente de l'immeuble baillé stipule que l'acquéreur payera tous les arrérages de la rente emphytéotique au bailleur, ce dernier peut réclamer, par une action directe dirigée contre cet acquéreur, le paiement de ces arrérages.

Ainsi, faute de paiement de la rente pendant trois ans, le bailleur peut demander la résiliation du bail, sans égard à l'aliénation de l'immeuble. D'un autre côté, l'acquéreur chargé de la rente peut déguerpir, et alors, l'aliénation comme l'emphytéose elle-même devient non avenue. Sous tous ces rapports il n'y a, dans l'aliénation faite par l'emphythéote, qu'un changement de preneur ou de débiteur de la rente emphytéotique.

Le preneur peut également hypothéquer l'immeuble qui lui a été baillé, toujours sans préjudice aux droits du bailleur. Cette hypothèque donnera au créancier le droit, pendant la durée du bail, de faire vendre l'immeuble, droit que possèdent d'ailleurs les créanciers chirographaires du preneur, et de le suivre partout où il se trouve.

Ce droit du créancier hypothécaire, je viens de le dire, n'existe que pendant la durée de l'emphytéose. Mais, cette emphytéose peut cesser autrement que par l'expiration du terme du bail. Elle peut encore prendre fin : 1° par la résiliation du bail prononcée pour défaut de paiement pendant trois ans de la rente ou pour abus de jouissance (art. 574, 578); 2° par la perte totale de la chose ; 3° par le déguerpissement (art. 579).

Les deux premiers cas ne peuvent donner lieu à aucune difficulté Dans le cas de l'action en résiliation pour défaut de paiement de la rente, le créancier hypothécaire peut, comme le preneur lui-même, offrir le paiement de la rente et les frais, et faire tomber l'action. S'il perd ses droits par son inaction, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. Il peut de la même manière faire tomber l'action en résiliation intentée par le bailleur pour cause d'abus de jouissance du preneur ; le code le décide formellement pour le cas des créanciers de l'usufruitier (art. 480) et le même principe s'applique ici.

L'extinction de l'emphytéose par la perte totale de la chose opère naturellement la perte des droits du créancier hypothécaire. Cette perte détruit l'hypothèque, non seulement quand elle est consentie par un emphytéote, mais aussi dans tous les autres cas (art. 2081). Si la perte n'est que partielle, le créancier hypothécaire conserve son droit sur ce qui reste de la chose.

Quant à l'extinction de l'emphytéose par le déguerpissement du preneur, je ne puis en arriver à la même solution que dans le cas de perte totale. En abandonnant son droit, il n'a pu affecter l'hypothèque qu'il a accordée à son créancier. Cela

paraît élémentaire. Cependant, quelle est la position du bailleur vis-à-vis de ce créancier hypothécaire, en admettant, comme je dois le faire, qu'il ne reprend pas l'immeuble libre des charges consenties par le preneur, ainsi qu'il le ferait dans le cas de la résiliation du bail ou de son expiration par l'écoulement du terme ? Les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° *déguerpissement*, § IV, n° 5, répondent à cette question en ces termes : " A l'égard des tiers, le déguerpissement étant un " traité particulier fait entre le preneur et le bailleur, ne peut " aucunement leur nuire. C'est pourquoi les droits de servi- " tude ou d'hypothèque imposés sur l'héritage par le preneur " ou ses successeurs ne sont pas éteints par le déguerpissement. " Il suit de cette décision que si le bailleur à qui l'héritage a été " déguerpi, n'a pas exigé, comme nous l'avons dit qu'il en " avait le droit, que le déguerpissant rachète les charges " réelles imposées sur l'héritage, ceux au profit desquels elles " sont créées auront un recours contre le bailleur. Au reste, " cette action doit être souvent infructueuse : car sur leur " demande le bailleur peut leur signifier qu'il offre de leur " abandonner l'héritage, en s'obligeant par eux pour raison de " redevance qui lui appartient, si mieux ils n'aiment le faire " vendre sous cette condition ; et faute par les créanciers de se " soumettre à l'une de ces deux obligations, le bailleur doit " avoir congé de leur demande."

Il résulte de là que le créancier hypothécaire peut suivre l'immeuble même entre les mains du bailleur, lorsque ce dernier en a repris possession par le déguerpissement du preneur. Mais le bailleur pourrait leur rendre l'immeuble, en par eux assumant toutes les obligations du bail, ou exiger qu'il soit vendu sous la condition de ces obligations.

Si l'immeuble est vendu à la poursuite du créancier hypothécaire, la vente se fait sans préjudice aux droits du bailleur ; partant, l'adjudicataire reste soumis à toutes les charges du bail.

L'emphytéote pouvant aliéner et hypothéquer peut grever l'immeuble de servitudes et le louer à d'autres, car qui peut le plus, peut le moins. Les servitudes s'éteindront avec le bail, quand le terme est expiré. Quand l'extinction du bail a lieu par la déchéance du preneur (art. 574, 578), ou par la perte totale de la chose, ou par le déguerpissement, le créancier de la servitude se trouve dans la même position que le créancier hypothécaire.

Le locataire perd également ses droits par la perte des

droits du preneur, son locateur, sauf toujours le cas du déguerpi-sement qui ne doit pas lui nuire si son bail est enregistré. Ainsi, l'expiration du terme du bail emphytéotique met fin au bail à loyer consenti par le preneur. Le locataire a-t-il le droit alors et peut-il être forcé de finir son année de jouissance commencée lors de l'expiration du terme du bail emphytéotique? S'il tenait son droit d'un usufruitier, la question ne serait pas douteuse, l'article 457 lui reconnaît expressément cette faculté et cette obligation. Mais cette disposition peut-elle être étendue au cas de l'emphytéose? Il me semble que le principe d'équité qui l'a fait statuer dans le cas de l'usufruit devrait le faire adopter dans celui de l'emphytéose. Dans le cas de l'aliénation, le locataire a droit à un avis de congé (art. 1663, combinez l'art. 2128 quant à l'enregistrement.) Je crois donc que le bail devra continuer pendant l'année courante, dans les mêmes conditions que lorsqu'il s'agit du bail d'un usufruitier, c'est-à-dire sans nécessité de congé au locataire (*a*).

Il nous reste à nous demander si l'emphytéote peut prescrire contre le bailleur l'immeuble qu'il tient à titre d'emphytéose. La réponse à cette question ne saurait être douteuse. L'emphytéote est un détenteur à titre précaire et avec reconnaissance d'un domaine supérieur, et un tel détenteur ne peut jamais prescrire. "Ceux qui possèdent pour autrui," dit l'article 2203, "ou avec reconnaissance d'un domaine supérieur, " ne prescrivent jamais la propriété, pas même par la continu-" ation de leur possession après le terme assigné. Ainsi l'em-" phytéote, le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous ceux " qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne " peuvent l'acquérir par prescription." Du reste, l'article 2249 permet au bailleur d'exiger un titre nouvel. "Après vingt-" neuf années écoulées de la date du dernier titre," dit-il, " le " débiteur d'une redevance emphytéotique ou d'une rente peut " être contraint à fournir à ses frais un titre nouvel au créancier " ou à ses représentants légaux" (*b*).

(*a*) Voy. la discussion de cette question en mon tome 2, p. 573. J'exigerais, au contraire, le congé, dans les conditions prescrites par les articles 1663 et 2128, si le preneur a déguerpi l'héritage au bailleur, car, à l'égard du locataire, le déguerpissement est une véritable aliénation de la chose louée. Bien entendu, le déguerpissement ne pourra pas affecter la durée du bail qui a été enregistré.

(*b*) Il peut encore, si l'immeuble hypothéqué à la rente est en la possession d'un tiers détenteur, forcer ce tiers à délaisser où à lui donner titre nouvel ou reconnaissance de son droit. Art 2061.

Les héritiers et successeurs à titre universel de l'emphytéote ne peuvent, pas plus que ce dernier, prescrire l'immeuble (art. 2204). Pour les uns comme les autres il faudrait, pour pouvoir prescrire, que le titre fût interverti (art. 2205).

Cependant, si l'emphytéote vend l'immeuble à un tiers, sans la charge du bail, ce dernier, étant un successeur particulier, pourra prescrire par trente ans et même par dix ans s'il est de bonne foi (art. 2206). Dans ce cas, le bailleur pourra poursuivre en interruption de prescription ou bien pour un titre nouvel (art. 2061 et 2249), et empêcher ainsi l'acquisition de la prescription.

TROISIÈME CONSÉQUENCE.—*L'immeuble baillé peut être saisi et vendu à la poursuite des créanciers du preneur.*—L'article 571 énonce cette conséquence en ces termes :

571. " L'immeuble baillé à emphytéose peut être saisi réel-" lement par les créanciers du preneur, auxquels il est loisible " d'en poursuivre la vente en suivant les formalités ordinaires " du décret."

Cette conséquence ne pouvait souffrir aucun doute, étant posé le principe que le preneur peut aliéner et hypothéquer, car ce qui est aliénable—sauf les exceptions précisées par les lois de procédure—est saisissable. Donc les créanciers du preneur peuvent saisir l'immeuble baillé, et pouvant le saisir, ils peuvent le faire vendre. La vente qu'ils en feront faire ne vaudra que tant que subsistera l'emphytéose, sauf ce que j'ai dit pour les cas où le bail prend fin par le déguerpissement de l'emphytéote (*a*), car elle se fait sans préjudice aux droits du bailleur. Ce dernier n'aura même pas à faire une opposition à fin de charge à la vente, car le décret ne purge pas le droit d'emphytéose (art. 710 C. P. C.) ; on n'a vendu que les droits du preneur, et la vente forcée subit la même loi que l'aliénation volontaire, tel que réglé par l'article 570 (*b*).

Dans la cause de *Lampson* v. *Belanger* (R. J. Q., 7 C. S., p. 162), la cour de révision, à Québec, a jugé que le droit du bailleur à un titre nouvel n'est pas restreint au seul cas prévu par l'article 2249, c'est-à-dire au cas où il se serait écoulé vingt-neuf ans depuis le dernier titre, mais que le bailleur peut, comme sous l'ancien droit, exiger ce titre nouvel à chaque mutation de l'immeuble.

(*a*) *Supra*, p. 201.

(*b*) Il en est de même de la vente judiciaire faite sur le grevé de substitution (art. 950).

Les auteurs du *Nouveau Denisart*, v° *décret d'immeubles*, § V, n° 16, disent que la question de savoir si le bailleur emphytéotique est tenu de

Bien entendu que si l'immeuble est vendu sans mention des droits du bailleur, ce dernier pourrait perdre ses droits par suite de la prescription de trente ans et même de dix ans si l'adjudicataire est de bonne foi. Tel, du reste, serait, le cas échéant, l'effet de la vente faite par le preneur à un tiers de bonne foi (*a*).

La jurisprudence à citer sous l'article 571 n'est pas très importante. J'en rendrai compte en peu de mots.

Dans la cause de *Méthot* v. *O'Callaghan & Lampson* (2 L. C R., p. 331), la cour supérieure a jugé que la vente de ce qui reste à courir d'un bail emphytéotique, désigné comme tel dans les annonces de shérif, impose à l'adjudicataire l'obligation de payer le canon emphytéotique, quoique ces annonces n'en aient pas expressément fait mention, et quoiqu'il n'y ait pas eu opposition à fin de charge à cet effet ; on a, en conséquence, renvoyé une opposition à fin de conserver du bailleur, basée sur le motif que sa rente et ses autres droits en vertu du bail seraient perdus. Cette décision ne peut souffrir de difficulté, mais la même cour, à mon avis, est allée trop loin, dans une cause de *Murphy* v. *O'Donovan & Lampson* (2 L. C. R., p. 333), en jugeant qu'un propriétaire qui a laissé vendre sa propriété sur un défendeur, qui ne la détenait qu'à titre de bail emphytéotique, peut demander d'être indemnisé sur le prix d'adjudication, de la perte de sa propriété. Je crois, au contraire, que le bailleur ne perd rien par le décret poursuivi sur le preneur. Ces deux arrêts sont antérieurs au code.

On a décidé dans la cause de *Tétu* v. *Martin & La Société de Construction de Québec* (7 L. C. R., p. 42), que le bailleur ne peut, sur la vente du bail, réclamer des arrérages de rente au préjudice d'un créancier du preneur qui a enregistré son titre avant lui. En effet, le bail assurant la créance de la rente, doit être enregistré ; il ne s'agit pas là d'un droit de propriété.

Le juge Stuart a jugé, dans la cause de *Blanchet* v. *Le Séminaire de Québec* (15 L. C. R., p. 104), que, dans le cas d'un immeuble désigné comme tenu à titre de bail emphytéotique

---

former une opposition au décret qui se poursuit sur le preneur était controversée sous l'ancien droit, mais ils n'éprouvent aucune difficulté à adopter la conclusion que le bailleur ne peut être dépouillé de sa propriété par un décret. Décider autrement, ce serait valider la vente de la chose d'autrui. Voy. *Précourt* v. *Vidal*, *supra*, p. 197.

(*a*) Voy. l'article 2206. Le bailleur aurait l'action en interruption de prescription ou pour un titre nouvel (art. 2061 et 2249). Voy. l'arrêt rendu dans la cause de *Lampson* v. *Belanger*, *supra*, pp. 203-4, note (*b*).

l'adjudicataire est tenu de payer le canon pour l'avenir ; que ce canon est la reconnaissance du domaine direct qui réside dans le bailleur et pour la conservation duquel il n'est pas besoin de produire une opposition à fin de charge, et que du moment qu'il appert que c'est un bail emphytéotique qui est vendu, c'est à celui qui entend se porter adjudicataire à s'enquérir des charges du bail.

Enfin, dans la cause de *Carpenter & Déry* (8 R. L., p. 283), la cour d'appel a maintenu une action hypothécaire dirigée par le bailleur contre le représentant de l'adjudicataire d'un immeuble hypothéqué pour assurer le paiement de la rente, le décret ayant été fait sujet à la rente. Dans l'espèce, le titre du shérif ne mentionnait pas la rente et a été mis de côté sur inscription en faux.

QUATRIÈME CONSÉQUENCE.—*L'emphytéote peut exercer l'action possessoire contre ceux qui le troublent dans sa possession.*—L'article 572 est en ces termes :

572. " L'emphytéote est recevable à exercer l'action possessoire contre tous ceux qui le troublent dans sa jouissance et " même contre le bailleur (*a*)."

Il doit en être ainsi, puisque l'emphytéose est une cession de l'immeuble baillé, et que le preneur, tant qu'elle dure, jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire ; l'emphytéote peut donc se faire maintenir dans la possession de la chose, lorsqu'on le trouble, et se faire réintégrer dans cette possession, quand on la lui a enlevée par violence. Mais ici nous nous heurtons à une difficulté.

Il y a, dans notre droit, deux actions dont le but est la revendication d'un immeuble, *l'action possessoire* et *l'action pétitoire.*

L'action possessoire est celle par laquelle on demande à être *maintenu* ou *réintégré* dans la *possession* d'un immeuble ou droit réel ; elle se subdivise en l'*action en complainte*, lorsque le possesseur cherche à se faire *maintenir* dans sa possession et à faire cesser le trouble qu'on apporte à cette possession ; et en l'*action en réintégrande*, quand le possesseur demande à être *réintégré* dans sa possession contre un tiers qui l'a dépossédé par violence (*b*).

(*a*) Le principe de cet article a été affirmé par la cour d'appel dans la cause de *Dingwall & Delaney* (2 R. de J., p. 429).

(*b*) Ces deux caractères de l'action possessoire sont indiqués par l'art. 946 du code de procédure civile qui se lit comme suit :

946. " Le possesseur d'un héritage ou droit réel, à titre autre que celui

L'*action pétitoire*, au contraire, est celle qui réclame la *propriété* d'un immeuble ou droit réel.

Ces deux actions diffèrent essentiellement. La première n'a pour but que la *possession ;* elle est ouverte au possesseur qui n'a besoin d'autre titre que sa possession. La seconde a pour but la *propriété ;* elle n'appartient qu'au propriétaire et encore faut-il qu'il prouve sa propriété par l'apport de ses titres.

L'action en complainte est ouverte pendant toute la durée de la possession ; elle ne peut être exercée après dépossession, car elle demande le maintien d'une possession existante ; elle est provoquée par le *trouble* et demande la cessation de ce trouble. L'action en réintégrande, au contraire, suppose nécessairement la dépossession ; c'est le cas du trouble qui a été consommé par la dépossession violente du possesseur, et encore faut-il que ce possesseur prenne son recours et revendique sa possession dans l'an et jour à compter de la dépossession. Remarquons enfin que l'action possessoire n'est ouverte qu'à celui qui a ou a eu la possession civile, c'est-à-dire à celui qui possède ou a possédé à titre de propriétaire ; on la dénie au fermier ou locataire, au possesseur à titre précaire et même à l'usufruitier.

L'action pétitoire ne se subdivise pas selon qu'il y a trouble ou dépossession. Elle revendique la propriété d'une chose et elle est ouverte tant que cette propriété n'a pas été transférée à un tiers par la prescription ou autre titre valable.

Ces principes posés, il n'est pas douteux que l'emphytéote a l'action possessoire, soit en complainte, soit en réintégrande, puisque la loi elle-même le dit. Sans cette disposition de l'article 572, la chose n'aurait pas été si claire, car la possession de l'emphytéote est qualifiée de précaire par l'article 2203, et le possesseur précaire n'a pas l'action possessoire (art. 946 C. P. C.). Quoi qu'il en soit, l'article 572 a écarté tout doute en tranchant la question dans le sens du droit ancien. Cet article accorde

---

" de fermier ou de précaire, qui est troublé dans sa possession, a l'action
" en complainte contre celui qui l'empêche de jouir, afin de faire cesser
" ce trouble et d'être maintenu dans sa possession.

" L'action de réintégrande est accordée au possesseur d'un héritage ou
" droit réel depuis un an et un jour, contre celui qui l'a dépossédé par
" violence."

On indique souvent une troisième espèce d'action possessoire, savoir : l'*action en dénonciation de nouvel œuvre*, que Dalloz, v° *action possessoire*, n° 25, définit comme une espèce de complainte que l'on intente contre celui qui a entrepris, sur son propre terrain, des travaux d'où résulte ou doit résulter un préjudice pour le plaignant.

l'action possessoire à l'emphytéote contre tous ceux qui le troublent dans sa jouissance — peu importe que le trouble soit ou ne soit pas consommé, — et même contre le bailleur. Ce recours contre le bailleur se base d'ailleurs sur l'obligation de celui-ci de garantir le preneur et de le faire jouir de l'immeuble baillé pendant tout le temps légalement convenu (art 573); il n'est pas inutile, car le bailleur pourrait prescrire contre les droits du preneur (art. 2203).

Mais le preneur peut-il exercer l'action pétitoire ? La question n'est pas sans intérêt pratique, car si la dépossession dure depuis plus d'un an et jour, l'action possessoire est prescrite.

La raison de douter pourrait être que, d'après la loi elle-même, l'emphytéose est une cession d'un immeuble, qu'elle emporte aliénation et que le preneur jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire.

Cependant, nous l'avons vu, par ces expressions le législateur n'a pas voulu attribuer à l'emphytéote la qualité de propriétaire, mais seulement la jouissance de toute l'utilité de la chose. N'étant donc pas propriétaire, le preneur ne peut exercer une action qui n'appartient qu'au propriétaire. Il ne peut demander à être déclaré propriétaire d'une chose dont il n'a que la jouissance à titre d'emphytéose. Cette considération est décisive et doit faire refuser à l'emphytéote le recours par action pétitoire. D'ailleurs, en n'accordant que l'action possessoire, le législateur a implicitement dénié l'action pétitoire : *inclusio unius fit exclusio alterius.*

Du reste, le preneur n'est pas sans recours au cas où l'action possessoire serait prescrite par la possession de plus d'un an et jour d'un tiers. Le bailleur devant le garantir, il peut forcer ce dernier d'intervenir et le bailleur agira au pétitoire contre le possesseur. Si c'est le bailleur lui-même qui est en possession depuis plus d'un an et jour, le preneur peut, malgré cette possession, réclamer cet héritage tant que ses droits n'ont pas été éteints par la prescription, non par l'action possessoire, mais par l'action qui naît de la garantie que le bailleur lui doit et du bail qu'il lui a consenti.

SECTION II.—DES DROITS ET OBLIGATIONS RESPECTIFS DU BAILLEUR ET DU PRENEUR.

J'ai conservé cette rubrique malgré que, dans la section précédente, il ait été question des principaux droits du preneur. Ici, il est traité, en ce qui concerne le bailleur, de la garantie

qu'il doit au preneur et de son obligation d'accepter le déguerpissement de ce dernier ; en ce qui concerne le preneur, de son obligation de jouir en bon père de famille, de la résiliation du bail, faute de paiement de la rente pendant trois ans, de l'obligation du preneur d'acquitter les droits réels et fonciers et de faire les améliorations convenues au bail. Je ne parlerai que des obligations du preneur et du bailleur, car les droits de l'un découlent des obligations de l'autre.

§ I.—*Des obligations du bailleur.*

I. De l'obligation de délivrer l'immeuble et de garantir le preneur. —Ici, nous trouvons encore un point de ressemblance entre l'emphytéose et la vente. L'emphytéose étant un contrat à titre onéreux, puisque le preneur est obligé de payer une rente et d'améliorer l'immeuble, il s'ensuit que le bailleur est tenu de délivrer l'immeuble au preneur et de lui garantir le titre et la jouissance qu'il lui accorde.

Le code ne parle pas de l'obligation de délivrer l'immeuble, laquelle se sous-entend, puisque l'emphytéose est la cession d'un immeuble. Il est question de l'obligation de garantir le preneur dans le premier alinéa de l'article 573 qui dit que "le " bailleur est tenu de garantir le preneur et de le faire jouir " de l'immeuble baillé pendant tout le temps légalement con- " venu." A première vue, il paraîtrait y avoir dans cette dispotion plus que l'obligation de garantir, puisque l'article ajoute que le bailleur est obligé de *faire jouir* le preneur. Mais il ne faut pas voir dans ces mots une obligation analogue à celle qui incombe au bailleur dans les baux ordinaires, où l'obligation de faire jouir le locataire emporte celle d'entretenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (art. 1612) Le bailleur emphytéotique n'est pas tenu à cet entretien ; au contraire, c'est l'affaire du preneur. Il ne faut voir dans ces mots que l'expression de la garantie dont le bailleur est tenu.

Cette garantie étant assimilée à celle qui incombe au vendeur, elle sera régie par les dispositions des articles 1506 et suivants. Le bailleur est donc tenu de garantir le preneur : 1° contre l'éviction de la chose en tout ou en partie ; 2° contre les défauts cachés de la chose (art. 1506). En cas d'éviction, le bailleur devra rembourser : 1° les fruits lorsque le preneur est obligé de les rendre à la personne qui l'évince ; 2° les frais faits tant sur la demande en garantie contre le bailleur que

sur la demande originaire ; 3° les dommages-intérêts et les frais du contrat (*a*) (art. 1511).

Dans le cas de la vente, la garantie du vendeur implique l'obligation de restituer le prix si l'acheteur est évincé. Dans l'emphytéose, il n'y a, règle générale, aucun prix de stipulé ; l'emphytéote paye la rente et si la rente représente la valeur de la jouissance, on ne voit pas comment le bailleur pourrait être tenu de rembourser les redevances reçues, à moins qu'elles n'aient été versées d'avance. Il en est de ces redevances comme des intérêts du prix de vente ; car, quoique l'acquéreur puisse se refuser à payer le prix tant que le vendeur n'a pas fait cesser le trouble (art. 1535), il est de jurisprudence qu'il ne peut se refuser au paiement de ces intérêts tant qu'il conserve la possession de la chose. Il est vrai que Sébire et Carteret (*b*) disent que si le preneur était évincé il aurait droit, *suivant les circonstances*, à la restitution des redevances qu'il aurait déjà payées, mais cette décision ne pourrait se justifier que dans les circonstances absolument exceptionnelles.

Il est évident que cette garantie peut être limitée par la convention des parties, mais la stipulation que le bailleur ne serait pas même tenu à la garantie de ses faits personnels serait nulle dans l'emphytéose comme dans la vente (art. 1509). Le fait que l'emphytéote, lorsque le bail est fait sans garantie, aurait pris l'immeuble à ses risques et périls ou qu'il aurait loué avec connaissance de la cause d'éviction et sans garantie, exempterait le bailleur de toute garantie (art. 1510).

Les dommages-intérêts comprennent la perte que le preneur souffre par suite de son éviction, et varient suivant le terme plus ou moins long qui reste à courir ; s'il a fait des améliorations, on les fera entrer en ligne de compte dans l'appréciation des dommages, mais s'il opposait, comme je crois qu'il peut le faire, l'exception d'impenses, il imputerait ce qu'il aurait reçu de ce chef sur sa réclamation contre le bailleur.

Je ne fais qu'indiquer les principales obligations qui résultent de la garantie du bailleur ; le lecteur pourra consulter les règles qui régissent la garantie en matière de vente, et les appliquer *mutandis mutatis*. Ces règles seront expliquées

(*a*) Sébire et Carteret, v° *Bail emphytéotique*, n° 17, disent que dans l'ancien droit on refusait l'action en dommages-intérêts sous prétexte que la concession faite à l'emphytéote était comme une libéralité du bailleur. Il n'en est pas ainsi aujourd'hui, car le contrat est à tous égards onéreux.

(*b*) *Loco citato supra.*

en temps et lieu. Pour la même raison, je me contente de renvoyer aux articles 1522 et suivants pour les principes de la garantie contre les défauts cachés.

II. De l'obligation de reprendre l'immeuble au cas de déguerpissement. — Nous verrons dans la section suivante que le bail prend fin par le déguerpissement du preneur, et nous étudierons en même temps les conditions de ce déguerpissement. Pour le moment je me borne à citer le deuxième alinéa de l'article 573 qui dit que le bailleur " est également obligé de reprendre " cet immeuble et de décharger l'emphytéote de la rente ou " redevance stipulée, au cas où ce dernier veut déguerpir, à " moins qu'il n'y ait convention au contraire."

Le droit de déguerpissement est de la nature de l'emphytéose, mais n'étant pas de son essence, les parties peuvent y renoncer.

§ II.—*Des obligations du preneur.*

I. De l'obligation de jouir en bon père de famille.—Je mets cette obligation au premier chef, bien que le code n'en parle pas formellement. Mais elle résulte de la disposition de l'article 578 qui défend au preneur de détériorer l'immeuble baillé, de celle de l'article 577 qui l'oblige à faire toutes les réparations grosses et petites, et de celle de l'article 581 qui dit qu'à la fin du bail l'emphytéote doit remettre en bon état les biens reçus du bailleur. Nous avons vu que le preneur n'a pas le droit de mésuser de la chose (*jus abutendi*), il n'a que celui de s'en servir suivant sa destination et les stipulations du bail.

Cette obligation a sa sanction, car elle peut entraîner l'expulsion de l'emphytéote. En effet, l'article 578 porte que " le " preneur n'a pas le droit de détériorer l'immeuble baillé ; s'il " y commet des dégradations qui en diminuent notablement la " valeur, le bailleur peut le faire expulser et condamner à " remettre les choses dans leur ancien état."

Il y a deux choses à examiner sous ce rapport. Qu'entend-on par dégradations ? et quelles dégradations peuvent entraîner l'expulsion du preneur ?

La première question peut se poser autrement : quel usage le preneur peut-il faire de l'immeuble sans le détériorer ? En d'autres termes, le preneur peut-il changer sa forme ?

La question était controversée sous l'ancien droit. Duvergier, *Louage*, nº 180, et Sébire et Carteret, vº. *Bail emphytéotique*,

nº 30, adoptent une distinction de Boutaric à l'effet que si c'est un corps de domaine et de terroir qui a été cédé à titre d'emphytéose, en sorte que les maisons et les bois qui s'y trouvent ne soient nommés que comme de simples appartenances, l'emphytéote pourrait démolir la maison et abattre les bois ; mais qu'il en serait autrement si les bois et la maison ont été loués par bail emphytéotique. Cependant, tout en reconnaissant la justesse de cette distinction, ces auteurs ajoutent qu'on ne doit permettre qu'avec beaucoup de réserve les coupes et les démolitions, aujourd'hui que la législation n'autorise plus les baux emphytéotiques à perpétuité.

C'est aussi l'opinion que j'ai exprimée plus haut quant aux coupes de bois et de l'extrait de matériaux ou minerais des carrières ou mines (*a*). Ainsi, il paraîtrait certain que l'emphytéote ne pourra changer la forme de la chose baillée si ces changements sont de nature à la détériorer.

Mais peut-il changer la forme de l'immeuble s'il ne le détériore pas ? Peut il lui donner une nouvelle forme qui augmente sa valeur ? Il semblerait déraisonnable de lui contester ce droit. L'article 578 ne soumet le preneur à la peine de l'expulsion que si les détériorations ont notablement diminué la valeur de l'immeuble. Pour entraîner l'expulsion, la détérioration doit être notable, mais toute détérioration est prohibée. Au contraire, les améliorations sont de l'essence du contrat, et il n'y a pas détérioration, lorsque la valeur de la chose supprimée est compensée par la valeur de la chose substituée. J'en conclus, tout en admettant que l'on doit surtout consulter les termes du bail, que l'emphytéote peut changer la forme de l'immeuble, remplacer les constructions qui s'y trouvent par d'autres, à la condition de ne point diminuer la valeur de l'immeuble. Pourvu qu'il rende cet immeuble à l'expiration du bail en bon état, au désir de l'article 581, il n'importe nullement qu'il le rende identiquement dans le même état qu'il l'a reçu du bailleur (*b*).

(*a*) *Supra*, 195.

(*b*) C'est la doctrine de Pothier, *Bail à rente*, nº 44. " Le preneur étant " propriétaire," dit-il, " peut changer la forme de l'héritage baillé à rente, " pourvu qu'il la convertisse en une forme aussi utile et qui assure la " rente que le bailleur s'est réservée, autant que s'il était resté dans la " forme dans laquelle il était lors du bail."

Laurent (t. 8, nº 379) me paraît être du même avis, il enseigne qu'à l'inverse de l'usufruitier, l'emphytéote peut innover en améliorant le fonds. Voy. aussi autorités citées par Duvergier, *loc. cit.*, et par Troplong, *Louage*, nº 38. Ce dernier dit que l'emphytéote pouvait, sous l'ancien droit, se

Il suit de là qu'on peut répondre à la seconde question que j'ai posée plus haut que, pour qu'il y ait lieu à l'expulsion du preneur, il faut que la détérioration ait notablement diminué la valeur de l'immeuble. Ce sont les termes mêmes de l'article 578.

Dans la cause de *Coffin* v. *Quinn* (14 L. N., p. 306), le juge Wurtele a décidé que lorsque le preneur commet des dégradations sur l'immeuble baillé qui ne sont pas assez notables pour entraîner la résiliation du bail, le bailleur peut lui faire enjoindre de ne plus commettre des actes de détérioration et de remettre l'immeuble en son premier état (*a*).

II. De l'obligation de payer la rente emphytéotique.—Cette obligation avec celle d'améliorer est la principale obligation qui incombe à l'emphytéote. Nous avons vu qu'il est de l'essence de l'emphytéose qu'il y ait un canon ou redevance annuel que le preneur doit payer au bailleur. Il n'est plus requis que cette redevance soit modique, son chiffre est librement déterminé par les parties.

"De son côté," dit l'article 574, "le preneur est tenu de
" payer annuellement la rente emphytéotique; s'il laisse passer
" trois années sans le faire, il peut être déclaré en justice déchu
" de l'immeuble, quand même il n'y aurait pas de stipulation
" à ce sujet."

La rente, ainsi fixée d'avance, ne peut être changée que par une autre convention des parties. Quel que soit l'insuccès de l'exploitation du preneur, il ne peut, comme le fermier (art. 1650-1652), demander de ce chef aucune diminution de la rente. Aux termes de l'article 575, "cette rente est payable en
" entier sans que le preneur puisse en réclamer la remise ou
" la diminution, soit à cause de la stérilité ou des accidents de
" force majeure qui auraient détruit la récolte ou empêché la
" jouissance, ni même pour perte partielle du fonds."

Ainsi, la perte partielle est subie par le preneur comme la perte totale tombe sur le bailleur.

Cette obligation du preneur de payer la rente confère deux droits au bailleur, qui sont des corrélatifs de cette obligation.

---

permettre les modifications superficiaires dont le fonds n'était pas altéré, mais que les changements aggravants, tels que démolition de maison, abattis de futaie et autres actes qui diminuent la richesse et la valeur de la chose, étaient en dehors de son pouvoir.

(*a*) En ce sens, Laurent, t. 8, nº 379.

Il peut : 1° poursuivre le paiement de tout versement échu ; 2° demander la résiliation du bail sur le défaut du preneur de payer la rente pendant au moins trois ans.

La créance des arrérages est une créance ordinaire ; elle ne comporte pas de privilège pour le bailleur sur les meubles du preneur, comme dans le cas des baux ordinaires. Le silence du législateur sur ce point est décisif. Ainsi, le bailleur ne pourra pas recourir à la saisie-gagerie des meubles du preneur, il ne pourra exercer sur ces meubles aucun privilège. C'est ce que la cour d'appel a jugé dans la cause de *Alliot & The Eastern Townships Bank* (2 D. C. A., p. 172) (*a*).

Quant au droit de commise ou de résiliation du bail faute de paiement de la rente pendant trois ans, c'est un droit absolu du bailleur ; il n'est pas même nécessaire de le stipuler, il se sous-entend dans tout bail emphytéotique.

Anciennement, en France, nous l'avons vu, ce droit était tombé en désuétude, il fallait que le preneur s'y fût expressément soumis et encore on n'était que trop disposé à regarder comme comminatoire la clause de résiliation. Aujourd'hui, c'est un droit qui tient de la nature de l'emphytéose ; les parties peuvent y renoncer expressément, mais si elles ne s'en expliquent pas, le bailleur pourra insister sur la résiliation du bail.

On ne peut douter que le paiement de la rente pendant l'instance, avec, bien entendu, les frais du procès, ne doive faire tomber la demande de résiliation. Même, les auteurs, dans l'ancien droit, témoignaient de la pratique d'accorder au preneur, par le jugement de résiliation, un délai pour le paiement des arrérages, et Pothier était d'avis que, jusqu'à l'exécution de la sentence de résiliation, le preneur pouvait payer sa dette et éviter l'expulsion (*b*).

En effet, il ne s'agit pas ici d'une déchéance de plein droit ; l'article 574 dit que le preneur " peut être déclaré en justice déchu de l immeuble ", ce qui semble laisser un pouvoir discrétionnaire au tribunal de fixer les conditions de la déchéance (*c*). Mais, lorsque la résiliation a été prononcée, ce jugement for-

---

(*a*) L'article 163 de la coutume de Paris permettait la saisie-gagerie pour trois termes échus sur rente constituée "sur aucune maison assise en la ville et faubourg de Paris," mais cette disposition n'a jamais été suivie ailleurs.

(*b*) *Bail à rente*, n° 40. Voy. aussi Domat (éd. Rémy, t. 1, p. 223).

(*c*) Il en est autrement en vertu d'une disposition expresse (article 1625) de la résiliation d'un bail ordinaire.

mant un contrat judiciaire entre les parties, il semble douteux que le preneur puisse en payant sa dette échapper à la résiliation régulièrement prononcée.

Dans la cause de *Dufresne* v. *Lamontagne* (8 L. C. J., p. 197), le juge T. J. J. Loranger a décidé que le droit de commise s'exerce sans aucune mise en demeure de payer, mais que le juge a le pouvoir d'accorder un sursis à l'exécution du jugement prononçant la résolution du bail, avec faculté au preneur de payer pendant ce délai et de garder possession de l'héritage.

Domat (*a*) enseigne que si un bail emphytéotique porte qu'à défaut de paiement de trois termes de la redevance, le contrat sera résilié de plein droit, le bailleur rentrera en possession de son héritage sans avoir besoin de recourir à aucune voie juridique ; il ajoute que le preneur ne peut écarter l'action en résolution, sous le prétexte qu'il n'a pas été mis en demeure (*b*).

A ce propos, et quant à la mise en demeure, je ne crois pas qu'il y ait lieu de s'écarter des règles ordinaires quant au paiement des obligations. Si la rente est payable, soit par la loi ou par la convention, au domicile du preneur (art. 1152), il est évident que demande de paiement doit être faite au preneur en ce lieu. Je puis ajouter que, dans une ancienne cause de *Balston* v. *Pozer* (2 R. de L., pp. 440 et 441), il a été jugé qu'une action en résiliation pour défaut d'accomplissement des conditions d'un bail emphytéotique, ne peut être maintenue si le preneur n'a pas été mis en demeure de les accomplir. Dans l'espèce, le preneur s'était obligé à construire une maison sur le fonds baillé. Et dans une autre cause également ancienne, *Burns* v. *Richards* (2 R. de L., p. 206), on a renvoyé une action demandant la déchéance du preneur pour défaut de paiement de la rente, sur preuve que le montant de la rente avait été offert avant l'action et refusé par le bailleur. Cela est tout à fait élémentaire.

Remarquons enfin qu'il est permis de douter, en vue de l'incertitude de la doctrine dans l'ancien droit, que la déchéance s'opère de plein droit dans notre droit lorsque cette déchéance a été stipulée. L'article 579, en effet, comme l'article 574, exigent qu'elle soit "prononcée en justice." Cette solution devient certaine quand le preneur refuse de livrer l'immeuble,

---

(*a*) *Loco citato supra.*

(*b*) Sébire et Carteret disent, cependant, que sous l'ancien droit, même dans le cas d'une stipulation de résolution de plein droit, il fallait une action en justice. *Bail emphytéotique*, n° 37.

car alors le bailleur doit nécessairement avoir recours aux tribunaux.

III. De l'obligation d'acquitter les droits réels et fonciers dont l'immeuble est chargé.—L'article 576 porte que "l'emphytéote "est tenu d'acquitter tous les droits réels et fonciers dont "l'héritage est chargé."

L'expression "droits réels et fonciers" a besoin d'explication, car si on l'entendait dans le sens ordinaire du mot, le preneur aurait l'obligation d'acquitter les hypothèques dont l'immeuble est chargé : or le bailleur étant tenu de garantir sa jouissance, doit faire disparaître les hypothèques qui peuvent y mettre fin. Les auteurs du *Nouveau Denisart* (*a*) se servent de la même expression et ajoutent à titre d'exemple, "comme le cens, le champart" (*b*). Il s'agit donc des contributions, cotisations et autres charges de même nature qui sont imposées sur un immeuble.

Il y a deux arrêts, *ex parte Harvey* (5 L. C. R., p. 378), et *Gould & La cité de Montréal* (3 L. C. J., p. 197), où l'on a affirmé la responsabilité du preneur, sous un bail à long terme de terrains appartenant au gouvernement, pour le paiement des taxes municipales.

IV. De l'obligation de faire les améliorations stipulées au bail et les réparations grosses et petites. — L'obligation d'améliorer, nous l'avons vu, est de l'essence du contrat d'emphytéose. Aussi, la loi donne-t-elle au bailleur un moyen de forcer le preneur de s'acquitter de l'obligation qu'il a assumée. Et, puisque l'emphytéote a le devoir d'améliorer l'héritage, il s'ensuit qu'il ne peut le laisser dépérir faute d'entretien. Donc, sous ce rapport, le preneur a deux obligations : 1° celle d'améliorer ; 2° celle de réparer.

Nous trouvons l'énonciation de ce double devoir, dans l'article 577, qui se lit comme suit :—

577. "Il est tenu de faire les améliorations auxquelles il "s'est obligé, ainsi que toutes les réparations petites et grosses.

"Il peut y être contraint, même avant l'expiration du bail, "s'il néglige de les faire et que l'héritage en souffre une détérioration notable."

(*a*) V° *Emphytéose*, § III, n° 4.

(*b*) Le *Champart* était le droit deprendre une part de la récolte d'un champ ou d'un héritage.

Quant aux améliorations, Pothier dans son traité du *Contrat de bail à rente*, nos 57 et suivants, pose des principes qui s'appliquent également à l'emphytéose. Il enseigne que si un temps a été fixé pour faire l'amélioration, le preneur doit jouir de tout ce temps ; si aucun délai n'a été déterminé, le bailleur peut forcer le preneur de faire l'amélioration en tout temps, pourvu que la saison y soit propice. Ainsi, il ne pourrait le forcer de bâtir en hiver. Si, dans ces circonstances, le bailleur assigne le preneur pour qu'il fasse les constructions stipulées, le juge lui fixera un délai pour les faire, et même lorsque le contrat a limité un temps et que ce temps est passé, Pothier enseigne que le juge doit accorder un nouveau délai au preneur pour accomplir son obligation avant de prononcer la résiliation du bail ; il dit même qu'après la prononciation de la sentence de résiliation, le preneur peut, sur l'appel, en faisant l'amélioration qu'il s'est obligé d'effectuer, faire infirmer la sentence, sauf qu'il doit être condamné à tous les dépens (*a*).

Mais, quand le preneur a accompli son obligation, il en est libéré, quoique l'amélioration ait été subséquemment détruite par force majeure ; il en serait de même si l'héritage lui-même périssait, car on ne peut améliorer un héritage qui n'existe plus. Cependant, Pothier (n° 64) est d'avis que l'obligation ne s'éteint pas, quoique l'amélioration ne puisse se faire dans la forme portée par la clause. Il cite l'exemple de l'obligation d'exhausser un corps de logis subséquemment détruit par force majeure et enseigne que, quoique l'exhaussement ne puisse plus se faire, le preneur est obligé d'acquitter son obligation par un équivalent, par exemple, en construisant un bâtiment de la même valeur (*b*).

Quant aux réparations, l'emphytéote, à la différence de l'usu-

---

(*a*) Il est évident que nous ne pourrions dans notre droit permettre au preneur de faire tomber l'arrêt de résiliation par un acte subséquent au jugement. Notre procédure, à la différence de l'ancienne procédure française, ne s'y prête pas. Voy. ce que j'ai dit *supra*, p. 214, de la résiliation du bail pour défaut de paiement de la rente.

(*b*) Il semble qu'il y a de l'arbitraire dans cette dernière décision. Si le bailleur a stipulé que le preneur poserait une cheminée du prix de cent dollars à un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par force majeure, soutiendrait-on que le preneur est obligé de faire une construction de ce prix à laquelle le bailleur ne peut avoir aucun intérêt, ou de payer cette somme au bailleur ? Il me semble que nous devons appliquer la règle de l'article 1202, qui ne pourvoit pas à l'exécution d'une obligation par équivalent, lorsque l'exécution de l'obligation elle-même est devenue impossible, mais en libère le débiteur.

fruitier, est tenu de les faire toutes, grosses et petites. Est-ce à dire, s'il a reçu un bâtiment en ruines et tombant de vétusté, qu'il soit obligé de le reconstruire, si le titre ne s'en explique pas ? Il semble que non, car bien que le preneur doive rendre les biens baillés en bon état, le bailleur ne peut se plaindre s'il les reçoit en aussi bon état qu'il les avait lui-même livrés La reconstruction n'est pas une réparation (*a*).

Indépendamment de ce cas extrême, le preneur devant rendre les biens en bon état, doit les entretenir pendant le bail. Le seul édifice qu'il n'est pas obligé de réparer, c'est celui qu'il a fait sans y être tenu. L'article 581 en a une disposition formelle. Quant aux autres édifices, il est présumé les avoir reçus en bon état et doit les livrer de même.

La sanction de cette double obligation d'améliorer le fonds et de le tenir en état de réparation, c'est, dit l'article 577, que le preneur peut y être contraint, même avant l'expiration du bail, s'il néglige de les faire et que l'héritage en souffre une détérioration notable. Le fait même de cette détérioration notable justifiera le bailleur à demander la résiliation du bail (art. 578).

Dans la cause de *Balston* v. *Pozer* (2 R. de L, p. 440), on a jugé que, lorsque le preneur s'est obligé de construire une maison dans un an, le bailleur ne peut demander la résiliation du bail s'il n'a pas mis le preneur en demeure d'accomplir son obligation. L'emphytéote pourrait, bien entendu, se trouver en demeure par les termes mêmes du contrat (art. 1067).

SECTION III.—COMMENT FINIT L'EMPHYTÉOSE.

I. Des causes de l'extinction et spécialement du déguerpissement.— L'emphytéose, nous l'avons vu, est un contrat essentiellement temporaire. Elle n'est pas, quelle que soit sa durée, sujette à la tacite reconduction, ce qui serait une manière détournée de la rendre perpétuelle. La loi pose quatre causes d'extinction, lesquelles sont énumérées en l'article 579.

579. " L'emphytéose n'est pas sujette à la tacite recon-
" duction.

" Elle prend fin :—

1° " Par l'expiration du temps pour lequel elle a été con-
" tractée, ou après quatre-vingt-dix-neuf ans, au cas où un
" terme plus long aurait été stipulé ;

(*a*) En ce sens, voy. Pothier, *Bail à rente*, n° 43.

2° " Par la déchéance prononcée en justice pour les causes " portées aux articles 574 et 578, ou autres causes de droit;

3° " Par la perte totale de l'héritage baillé ;

4° " Par le déguerpissement."

Les deux premières causes de dissolution ne peuvent donner lieu à aucune difficulté. Nous les avons étudiées ailleurs.

La perte totale de l'immeuble baillé est également une cause d'extinction de l'emphytéose qui ne peut plus subsister faute d'objet. Le preneur perd sa jouissance, et le bailleur, sa propriété. Sébire et Carteret, v° *Bail emphytéotique*, n° 35, enseignent que lorsque l'emphytéose est constituée sur une maison qui vient à être détruite par cas fortuit, le preneur conserve ses droits sur le sol et n'est pas affranchi de la redevance. Ils considèrent que ce n'est là qu'une perte partielle (*a*). Ils ajoutent, adoptant l'opinion de Loyseau, *Traité du déguerpissement*, liv. 6, chap. 6, combattue par Proudhon, *Traité de l'usufruit*, n° 3733, que l'emphytéote n'est pas, dans ce cas, obligé de rebâtir le bâtiment détruit.

Il faut, bien entendu, que la destruction de l'héritage ne soit pas imputable à l'emphytéote ; au cas de *faute* de sa part, il serait responsable des dommages éprouvés par le bailleur. Ce n'est là que l'application de l'article 1053.

Du déguerpissement.—La quatrième cause d'extinction de l'emphytéose, c'est le déguerpissement du preneur. La loi lui donne le moyen de se libérer à l'avenir de ses obligations lorsqu'il les trouve trop onéreuses. Il peut abandonner l'immeuble au bailleur qui, dit l'article 573, est obligé de le reprendre et de décharger l'emphytéote de la rente ou redevance stipulée.

Le déguerpissement en général peut se définir : une voie ouverte par la loi au détenteur d'un immeuble, pour se libérer, en l'abandonnant, de certaines charges réelles imposées sur cet immeuble. Il s'ensuit qu'on ne peut y avoir recours que pour des charges réelles et non pour des obligations purement personnelles (*b*).

Les codificateurs disent que la faculté de déguerpir est fondée sur les raisons et autorités fournies au soutien des articles 512, 513 et 514. Voyez surtout l'article 513 qui consacre une sorte de déguerpissement en permettant au copro-

---

(*a*) Le code contient une disposition contraire quant à l'usufruitier. Voy. l'article 486.

(*b*) Cette définition et cette remarque sont du *Nouveau Denisart*, v° *Déguerpissement*, § I, n° 1 et 2.

priétaire d'un mur mitoyen de se dispenser de contribuer aux réparations et reconstruction de ce mur, en abandonnant le droit de mitoyenneté et en renonçant à faire usage du mur (*a*).

La faculté de déguerpir a de tout temps été ouverte au preneur emphytéotique, mais le preneur d'un immeuble à titre de bail à rente pouvait également y avoir recours (*b*).

Posons maintenant les principes qui régissent le déguerpissement en matière d'emphytéose, et pour cela, demandons-nous trois questions : 1° qui peut déguerpir ? 2° quelles sont les conditions du déguerpissement ? 3° quels en sont les effets ?

1° *Qui peut déguerpir ?* — Le déguerpissement étant un abandon de la propriété, une aliénation, la première condition que nous devrons rencontrer chez le déguerpissant, c'est celle de pouvoir disposer librement de ses biens. Donc le tuteur au mineur, le curateur à l'interdit ne peuvent déguerpir qu'avec l'autorisation judiciaire, sur avis du conseil de famille, et qu'après qu'on a justifié de l'intérêt du mineur ou de l'interdit de déguerpir (*c*).

La femme mariée, séparée ou non de biens, ne le peut faire qu'avec l'autorisation de son mari ; le mandataire, qu'avec un pouvoir exprès.

Ce recours du reste est ouvert au preneur, à ses héritiers, même sous bénéfice d'inventaire (*d*), à ses successeurs à titre universel, et à son successeur à titre particulier par suite de l'acquisition qu'il a faite du fonds baillé (*e*).

Les auteurs du *Nouveau Denisart* (*f*) enseignent que l'emphytéote sur lequel une saisie a été pratiquée peut déguerpir

---

(*a*) Voy. aussi l'art. 555 qui permet au débiteur d'une servitude de s'en libérer en abandonnant l'immeuble assujetti au propriétaire de celui auquel la servitude est due.

(*b*) On décide aujourd'hui en France que le déguerpissement ne peut plus avoir lieu en matière d'emphytéose, pour la raison que ce contrat est essentiellement temporaire et que, sous l'empire du code Napoléon, il n'y a plus de rentes foncières proprement dites, c'est-à-dire de rentes qui soient une charge du fonds seulement, l'obligation personnelle existant toujours. Voy. Sébire et Carteret, v° *Bail emphytéotique*, n° 33 ; Dalloz, v° *Louage emphytéotique*, n° 38 ; Laurent, t. 8, n° 399.

(*c*) *Nouveau Denisart*, v° *Déguerpissement*, § II, n° 2.

(*d*) *Nouveau Denisart*, *loc. cit.*, § II, n° 4.

(*e*) Cependant, comme je le dirai plus loin, le détenteur à titre particulier qui n'a pas pris la charge du bail, n'a pas besoin de déguerpir l'immeuble, il peut le délaisser en justice sur poursuite hypothécaire.

(*f*) *Loc. cit.*, § II, n° 3.

parce qu'il n'y a pas fraude, le bailleur ayant un droit préférable à tout créancier, mais ils ajoutent que si la saisie était faite pour une dette personnelle au déguerpissant, le bailleur serait tenu, pour la validité du déguerpissement, d'en charger l'héritage. Je crois que, sous la disposition de l'article 644 de notre code de procédure civile, le saisissant et les autres créanciers dont les brefs ont été notés pourraient attaquer le déguerpissement à moins qu'ils ne fussent désintéressés, surtout comme la saisie ne porte que sur les droits du preneur et n'affecte pas ceux du bailleur (*a*).

Le droit de déguerpir est une faculté qui est de la nature de l'emphytéose. Il n'est donc pas nécessaire que ce droit forme la matière d'une stipulation expresse. Mais le preneur peut y renoncer, l'article 573 en fait foi. Il n'y a aucune difficulté lorsque la renonciation est expresse. Si on prétend qu'elle est implicite, les tribunaux apprécieront d'après les termes de l'acte. Pothier, *Bail à rente*, nº 185, voit une renonciation implicite dans les clauses par lesquelles le preneur s'obligerait de fournir et faire valoir la rente, de la faire payer à perpétuité (*b*), ou d'améliorer tellement l'héritage qu'il puisse toujours valoir la rente et plus. Il en serait de même, dit-il (nº 186), de la clause que le preneur paierait la rente à un tiers à l'acquit du bailleur, débiteur envers ce tiers d'une pareille rente, s'il était ajouté que le preneur s'oblige d'en acquitter et indemniser le bailleur, car alors le preneur contracte une obligation personnelle d'acquitter de cette rente le bailleur. Mais, ajoute-t-il (nº 187), il n'y aurait pas renonciation si le preneur s'obligeait à payer la rente tant qu'elle aurait cours, ou à entretenir l'héritage en bon état de manière que la rente soit facilement payée (*c*).

On enseigne également que ces clauses ne lient que le preneur et ses héritiers ou successeurs à titre universel, mais non son successeur à titre particulier, qui ne s'y est pas soumis. Toutefois, on ajoute que le bailleur n'est pas tenu en ce cas de recevoir le déguerpissement, mais que s'il refuse, le tiers détenteur demeure libéré de la charge en dénonçant son déguerpis-

---

(*a*) Voy. *supra*, p. 201, ce que j'ai dit de l'effet du déguerpissement sur le recours du créancier hypothécaire du preneur.

(*b*) Si cette stipulation était faite, elle ne s'étendrait qu'au terme de 99 ans (art. 579).

(*c*) Voy. aussi *Nouveau Denisart*, *eodem verbo*, § II, nº 8.

sement au preneur ou à ses héritiers qui sont alors tenus de l'acquitter (*a*).

2° *Quelles sont les conditions du déguerpissement?* — Ces conditions sont précisées à l'article 580. " L'emphytéote ", dit-il, " n'est admis à user du déguerpissement qu'en autant " qu'il a satisfait pour le passé à toutes les obligations qui " résultent du bail, et notamment qu'il ait payé ou offert tous " les arrérages de la redevance, et fait les améliorations con- " venues."

Le principe qui domine en cette matière c'est que le bailleur qui est forcé de reprendre l'immeuble doit être rendu indemne par l'emphytéote. L'ancienne jurisprudence, cependant, distinguait quatre classes de détenteurs : 1° le preneur et ses héritiers ou successeurs à titre universel ; 2° les tiers détenteurs qui ont acquis à la charge de la rente et des autres obligations du bail, ou qui s'y sont soumis depuis volontairement ; 3° ceux qui ayant acquis l'héritage comme libre ont connu depuis la charge dont il était grevé ; 4° ceux enfin qui n'ont eu aucune connaissance de cette charge jusqu'à la demande (*b*).

L'emphytéote et ses héritiers ou successeurs à titre universel sont soumis à toutes les exigences de l'article 580. Ainsi, avant que le déguerpissement leur soit permis, il faut qu'ils aient payé tous les arrérages de la rente. L'article 109 de la coutume de Paris voulait qu'ils eussent payé : " tous les arrérages du passé *et le terme ensuivant.*" Notre article 580 se contente de l'accomplissement, *pour le passé*, de toutes les obligations du bail, et notamment, du paiement de tous les arrérages de la redevance. Il semble qu'il n'y a à payer que ce qui était dû et échu lors du déguerpissement, car l'article 109 de la coutume de Paris ne faisait pas partie du droit commun (*c*) et sa disposition paraît abrogée par les termes de notre article. Si le créancier ne veut pas accepter ces arrérages, le preneur doit les offrir, et il peut les consigner au bureau général de dépôts de la province, conformément à l'article 1162. Ces offres d'ailleurs doivent être pures et simples, la condition même de l'acceptation du déguerpissement qu'on voudrait y apposer, les rendrait invalides. Du reste, le bailleur peut accepter les offres du preneur faites purement et simplement sans affecter son droit de combattre le déguerpissement (*d*).

(*a*) *Nouveau Denisart*, *ib.*, n° 9 ; Pothier, *ib.*, n° 189.

(*b*) *Nouveau Denisart*, v° *Déguerpissement*, § III, n° 1.

(*c*) Même ouvrage, § III, n° 2.

(*d*) *Nouveau Denisart*, *eodem verbo*, § III, n° 2.

Le preneur, pour déguerpir, doit livrer l'immeuble en bon état (art. 581), c'est-à-dire qu'il doit s'être acquitté de toutes les réparations, grosses et petites. Mais on décide qu'il n'est pas tenu de rendre l'héritage exactement dans la forme qu'il avait lors du contrat. Ainsi, il importerait peu qu'il eût changé en terres labourables un terrain sur lequel il y avait une maison, si ces arrangements n'ont pas diminué la valeur du fonds. Cependant, il n'est pas nécessaire que la valeur de l'héritage soit exactement la même qu'au jour du contrat, car certains biens, comme les maisons, subissent une dépréciation avec le temps. S'il ne paraît pas dans quel état les immeubles ont été livrés à l'emphytéote, il faut que les maisons soient logeables et les terres en état de culture. Ordonnance de 1441, art. 20 (*a*).

Une obligation analogue à celle de livrer l'héritage en bon état, c'est celle de racheter les servitudes et autres charges foncières dont le preneur a pu grever l'héritage depuis la constitution de l'emphytéose. Livrer l'héritage grevé de ces charges—qui à vrai dire ne peuvent affecter le bailleur à la fin du bail—ce n'est pas le livrer en bon état. Quant aux droits que les créanciers de ces charges ont acquis, on pourra leur appliquer ce que j'ai dit plus haut du créancier hypothécaire (*b*).

Le preneur ne peut non plus déguerpir s'il n'a pas fait les améliorations stipulées au bail. Cependant, puisqu'il lui suffit d'avoir accompli ses obligations *pour le passé* (art. 580), je crois qu'on peut décider que, lorsqu'il a été stipulé au bail d'un terrain inculte, qu'outre la rente le preneur défricherait tant d'arpents de terre par année, il pourra déguerpir si, au moment du déguerpissement, il a défriché la quantité de terrain voulue pour le temps de sa jouissance. Mais dans tous les autres cas, si le travail d'amélioration n'a pas été ainsi réparti, il faut décider que l'emphytéote ne pourra déguerpir avant d'avoir fait toutes les améliorations prévues au contrat.

Quant aux détenteurs qui ont acquis à la charge de la rente et des autres obligations du bail ou qui s'y sont soumis volontairement depuis, il faut leur appliquer tout ce que j'ai dit du preneur et ses héritiers ou successeurs à titre universel. On décide même qu'ils ne peuvent déguerpir avant d'avoir satisfait, non seulement aux charges échues pendant le temps de

---

(*a*) *Nouveau Denisart*, *ib.*, § III, n° 4.

(*b*) *Supra*, p. 201.

leur détention, mais à celles échues auparavant. Quant aux dégradations faites avant leur occupation, ils n'auraient même pas de recours contre le preneur antérieur, car ils ont acquis l'immeuble dans l'état où il était, mais il n'en serait pas de même des arrérages de rente qu'ils payeraient pour ce temps. *Nouveau Denisart*, *eodem verbo*, nº 6.

Au contraire, d'après la même autorité, nºs 7-9, les détenteurs qui ont acquis l'héritage comme libre, n'ayant connu la charge que depuis, ne devraient que les arrérages qui ont couru depuis que cette connaissance leur est venue, et ceux qui n'ont pas eu connaissance de la charge avant la demande, pourraient déguerpir l'héritage en l'état où il se trouve, sans même payer les arrérages échus de leur temps, et sans être tenus d'aucunes dégradations quand même elles procéderaient de leur fait, à moins que ces dégradations ne leur aient profité (*a*).

Sans m'arrêter à cette distinction, je crois qu'il suffira, pour résoudre ces questions, de renvoyer aux principes qui régissent l'action hypothécaire. L'objet de cette action, dit l'article 2061, est de faire condamner le détenteur à délaisser l'immeuble pour qu'il soit vendu, si mieux il n'aime payer la créance en principal, les intérêts conservés par l'enregistrement et les dépens. S'il s'agit d'une rente, ajoute cet article, le détenteur, pour se soustraire au délaissement, doit payer les arrérages et consentir à continuer les prestations, soit par un titre nouvel ou par une déclaration à cette fin à laquelle le jugement donne effet.

Donc, soit un immeuble baillé à titre d'emphytéose et hypothéqué au paiement de la rente et des autres obligations du bail. Le bailleur intente contre l'acquéreur l'action hypothécaire, concluant, comme il doit le faire, à ce que cet acquéreur délaisse l'immeuble, si mieux il n'aime payer les arrérages et consentir à continuer les prestations et à accomplir toutes les obligations du bail. Si alors l'acquéreur délaisse, il n'a rien à payer (*b*) ; si, au contraire, il préfère garder l'immeuble, il payera tout ce qui est dû, et s'obligera à continuer les prestations de la rente, et à accomplir toutes les obligations du bail.

(*a*) Le détenteur d'un immeuble grevé d'une rente foncière était regardé, dans l'ancien droit, comme débiteur de cette rente *quasi ex contractu*, lorsqu'il en avait connaissance et continuait sa possession. Ce n'est pas là un des cas du quasi-contrat dont parle notre code. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, t. 1er, p. 757, en note.

(*b*) Sauf les fruits perçus depuis l'assignation et les dégradations qu'il a pu faire dans la vue de frauder le bailleur. Art. 2054, 2055, 2076.

Dans le dernier cas, il se trouve sur le même pied que l'emphytéote et s'il déguerpit l'immeuble, il est soumis aux mêmes conditions.

Pour ces raisons je ne crois pas devoir faire de distinction entre le tiers détenteur qui a eu connaissance de la charge et celui qui l'a ignorée, du moment qu'il est constant qu'il n'y a pas eu d'obligation personnelle de sa part (*a*). Je crois de plus que le déguerpissement ne regarde que le preneur et ses héritiers ou successeurs à titre universel et les tiers acquéreurs qui se sont soumis au bail. Le bailleur n'a pas d'action directe contre les autres acquéreurs, il ne peut leur demander que le délaissement, il n'a pas de créance contre eux. Donc ces acquéreurs n'ont pas besoin de déguerpir. Même au cas où le bailleur n'aurait pas hypothèque, il peut demander la résiliation du bail et sa rentrée dans l'immeuble faute de paiement de la rente et de l'accomplissement des autres obligations du bail, et le tiers acquéreur ne pourrait faire tomber son action qu'en payant les arrérages de la rente et en accomplissant les conditions du bail, ce qui serait une reconnaissance du droit du bailleur. A tous égards, le tiers acquéreur non soumis au bail est à l'abri des poursuites personnelles du bailleur et n'a pas besoin de déguerpir pour s'y soustraire.

3° *Quels sont les effets du déguerpissement?*—Le principal effet du déguerpissement—lorsqu'il est accepté par le bailleur, et le preneur peut, au besoin, l'assigner pour faire déclarer le déguerpissement bon et valable—est de mettre fin au bail. Il anéantit l'aliénation que le bailleur avait faite et la charge qu'il avait imposée au preneur, et fait revivre les droits que le preneur possédait dans l'immeuble avant le contrat et qui s'étaient éteints temporairement par la confusion (*b*). Je crois aussi qu'il constitue une interversion de titre suffisant pour servir de base à la prescription si, malgré le déguerpissement accepté du bailleur, le détenteur reste en possession de l'immeuble (*c*).

(*a*) Cette distinction n'aurait sa raison d'être que s'il s'agissait de déterminer si le détenteur avait la bonne foi requise, quand il a acquis l'immeuble, pour pouvoir le prescrire par la prescription de dix ans.

(*b*) *Nouveau Denisart*, *eod. verbo*, § IV, n° 2. L'article 2078 consacre ce principe quant au tiers-détenteur qui délaisse.

(*c*) L'article 2203 dit que l'emphytéote et les autres détenteurs précaires ne peuvent prescrire même par la continuation de leur possession après le terme assigné, mais il ne s'agit pas ici d'une telle continuation, mais d'un acte qui anéantit le titre précaire.

A l'égard des tiers, le déguerpissement étant un traité particulier entre le bailleur et l'emphytéote, ne peut leur nuire. Il s'ensuit que toutes les charges dont le preneur avait grevé l'immeuble subsistent jusqu'à l'époque prévue pour l'expiration du bail, car elles avaient été consenties pour toute la durée du bail. Elles doivent donc être observées par le bailleur. J'ai expliqué suffisamment ailleurs l'effet ou plutôt le manque d'effet du déguerpissement à l'égard de l'hypothèque et du bail enregistré consentis par le preneur (*a*).

Les créanciers chirographaires du preneur n'ayant pas un droit dans la chose, ne peuvent attaquer le déguerpissement que dans le cas de fraude, et on pourrait leur appliquer la règle de l'article 484 que j'ai expliquée en mon tome 2, p. 636.

Bien entendu, comme je l'ai dit plus haut, le bailleur n'est pas obligé d'accepter le déguerpissement, à moins que le preneur ne lui remette l'immeuble libre de charges

II. Des effets de l'extinction de l'emphytéose.—Quelle que soit la cause de l'extinction de l'emphytéose, cette extinction fait cesser le démembrement de la propriété, rend au bailleur tous ses droits et éteint les droits comme les obligations du preneur. Si l'extinction arrive par toute autre cause que le déguerpissement, les droits réels des tiers, acquis du preneur, périssent avec ceux de l'emphytéote. Le déguerpissement, étant un traité particulier entre le bailleur et le preneur, ne peut nuire aux tiers qui ont un droit dans la chose, nous venons de le voir (*b*). Hors ce cas exceptionnel, l'extinction de l'emphytéose, d'où qu'elle vienne, produit ses effets à l'égard de tout le monde.

Le preneur perdant ses droits, doit remettre la chose qu'il détenait à titre d'emphytéose et il doit la remettre en bon état avec les améliorations convenues au bail. L'article 581 consacre cette obligation de l'emphytéote, en ces termes :—

581. " A la fin du bail, de quelque manière qu'elle arrive, " l'emphytéote doit remettre en bon état les biens reçus du " bailleur, ainsi que les constructions qu'il s'était obligé de " faire, mais il n'est pas tenu de réparer les bâtiments qu'il a " fait ériger sans y être obligé."

J'ai si souvent parlé de l'obligation du preneur de jouir en bon père de famille, d'entretenir l'immeuble baillé de toutes

---

(*a*). Voy. *supra*, p. 201.

(*b*) Ni aux créanciers chirographaires du preneur en cas de fraude

réparations, grosses et petites, que je n'ai pas besoin d'y revenir ici. J'ai également dit qu'il n'est pas tenu des reconstructions nécessitées par force majeure et qu'il lui est permis de changer la forme de la chose, pourvu qu'il n'en altère pas la valeur et qu'il livre cette chose en bon état, avec les améliorations convenues. L'article 581 suit l'ancienne jurisprudence en décidant que l'emphytéote n'est pas tenu de réparer les bâtiments qu'il a érigés sans y être obligé.

III. Des droits de l'emphytéote quant aux améliorations qu'il a faites sans y être tenu.—Mais quel droit l'emphytéote a-t-il à l'égard des améliorations ainsi faites sans qu'il y fût obligé par le bail ? Sous l'ancien droit on paraît avoir enseigné avec assez d'unanimité que l'emphytéote pouvait demander le remboursement de ces améliorations, même lorsque le défaut de paiement du canon avait opéré la résolution de l'emphytéose (a).

Notre législation met l'emphytéote, quant à ces améliorations faites volontairement, sur le même pied que le possesseur de mauvaise foi et lui applique la règle énoncée par l'article 417. C'est la disposition de l'article 582 qui est en ces termes :

582. "Quant aux améliorations, faites par le preneur volon-
" tairement et sans y être tenu, le bailleur peut, à son choix,
" les retenir en payant ce qu'elles ont coûté ou leur valeur
" actuelle, ou bien permettre à l'emphytéote de les enlever
" à ses frais, si elles peuvent l'être avec avantage pour lui et
" sans détériorer le sol ; aux cas contraires, elles restent sans
" indemnité au bailleur, qui peut néanmoins forcer l'emphy-
" téote à les enlever conformément aux dispositions de l'ar-
" ticle 417."

J'ai expliqué cette règle dans mon tome deuxième, pp. 496 et suiv. Elle est reproduite identiquement ici et ce que j'ai dit du possesseur de mauvaise foi s'applique à l'emphytéote. Notre article ne parle pas de réparations ou améliorations nécessaires ; elle vise uniquement celles que le preneur a faites sans y être tenu. Si la réparation ou amélioration était nécessaire, elle rentrait dans la catégorie de celles que l'emphytéote était obligé de faire, car il doit entretenir l'héritage de toutes réparations grosses ou petites. Une reconstruction qui n'était pas à sa charge tombe sous le coup de notre article.

Nous n'avons pas, pour la même raison, à nous demander

(a) *Nouveau Denisart*, v° *Emphytéose*, § III, n° 9. Pothier, *Bail à rente*, n° 41. Comp. Duvergier, *Louage*, n° 174.

si l'emphytéote a un droit de rétention pour le paiement de ces améliorations. Il est dans le cas du possesseur de mauvaise foi et pas plus que ce dernier n'a le droit d'être remboursé des améliorations de simple utilité ou agrément faites pour sa seule convenance (*a*). Il ne se trouve pas dans les circonstances prévues par l'article 419.]]

(*a*) Ce droit, bien entendu, pourrait lui être accordé par une stipulation du bail.

LIVRE TROISIÈME

DE L'ACQUISITION ET DE L'EXERCICE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ (a).

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

I.—*Nature et modes de l'acquisition du droit de propriété.*

Aliéner, c'est *rem suam alienam facere ;* c'est transférer sa propriété, son droit, à une autre personne qui l'*acquiert*.

L'*aliénation* a donc pour corrélatif nécessaire l'*acquisition*. Mais la réciproque n'est pas toujours vraie : je puis, en effet, acquérir par *occupation* une chose qui n'appartient à personne, que personne n'aliène.

On peut cesser d'être propriétaire sans *aliéner*. Ainsi, lorsque j'abandonne, avec l'intention de ne plus la reprendre, la chose qui m'appartient, je cesse d'en être propriétaire, mais je ne la transmets à personne, je ne l'*aliène* pas. Elle devient alors *res nullius ;* et, si quelqu'un s'en empare, il en est propriétaire à titre d'occupation.

Les mots *vendre* et *acheter* ne sont pas synonymes des mots *aliéner* et *acquérir*. Il y a la même différence entre l'*aliénation* et la *vente*, qu'entre le genre et l'espèce : car on aliène non seulement par vente, mais encore par *donation*, par *échange*... Bien plus, il se peut qu'il y ait *vente*, et qu'il n'y ait pas *aliénation*. Ainsi, *je n'aliène point* lorsque je vous vends une chose qui n'est point individuellement déterminée, par exemple, un cheval *in genere :* la vente alors n'est point, par elle-même, *translative de propriété ;* elle vous rend seulement *créancier* d'un cheval que je suis tenu de vous livrer, et vous n'en deviendrez *propriétaire* qu'au moment de la tradition que je vous en ferai.

Les modes d'acquérir sont :

I. *Originaires* ou *dérivés*.—J'acquiers par un mode *origi-*

(a) Le livre troisième du code Napoléon porte la rubrique : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété.*

naire, lorsque je deviens propriétaire d'une chose qui n'appartient à personne : par un mode *dérivé*, quand la chose que j'acquiers m'est transmise par une autre personne qui cesse d'en être propriétaire. *L'occupation* est un mode *originaire :* car elle fait entrer dans mon patrimoine une chose qui n'appartient à personne, par exemple, l'animal que je prends à la chasse. La *convention* est un mode *dérivé :* car elle fait sortir du patrimoine d'une autre personne la chose qu'elle met dans le mien.

II. *A titre onéreux* ou *à titre gratuit.* — J'acquiers *à titre onéreux*, lorsque je fournis une valeur en échange de la chose qui m'est transmise ; *à titre gratuit*, lorsque j'acquiers une chose sans rien fournir en échange; Ainsi, la *vente* est un mode d'acquérir à titre onéreux : car chaque partie fournit et reçoit quelque chose ; et la *donation* est un mode d'acquérir à titre gratuit : car l'une des parties reçoit sans rien fournir, tandis que l'autre fournit sans rien recevoir.

De nombreuses différences existent entre ces deux modes d'acquisition :

1° La vente, l'échange, se forment par le consentement des parties : la preuve peut donc en être faite par acte authentique ou par acte sous seing privé, par l'aveu, par le serment, et même par témoins, dans les cas où la loi ne défend pas ce mode de preuve (art. 1472 et 1596). — La *donation*, au contraire, est un contrat *solennel* : elle n'est valable qu'autant que certaines formes ont été observées ; la preuve n'en peut être faite que par un acte authentique reçu par un notaire (art. 776) (*a*).

2° Dans un contrat *à titre onéreux*, [[ainsi que dans les donations,]] les conditions contraires aux lois et aux bonnes mœurs sont nulles et rendent nulle la convention [[ou donation]] qui en dépend (art 760 et 1080). — Les mêmes conditions sont, dans les [[testaments,]] réputées non écrites : la condition est nulle, mais [[le testament]] reste valable (*b*).

3° Un contrat *à titre onéreux*, quoique fait sous une condi-

---

(*a*) La forme notariée est essentielle, règle générale. Exceptionnellement, on peut employer une autre forme dans certains endroits. L'article 776 formule la règle en même temps que l'exception.

(*b*) Notre droit diffère sous ce rapport du droit français moderne, où le titre onéreux seulement est nul lorsqu'il contient une condition contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ou impossible ; chez nous, il faut y ajouter la donation. Le testament seul échappe à la nullité, la clause étant considérée comme non écrite. Voy. les articles cités dans le texte.

tion résolutoire potestative de la part de l'une des parties, est valable si la condition qui l'affecte n'est pas *purement potestative*, c'est-à-dire si elle dépend à la fois du hasard et de la volonté de l'un des contractants (art. 1081).—La même condition, quand elle est potestative de la part du donateur, empêche la *donation* de valoir [[excepté quand il s'agit d'une donation par contrat de mariage (art. 783)]]

4° On a, en général, plus de capacité pour disposer et acquérir *à titre onéreux* que pour disposer et acquérir *à titre gratuit*. Ainsi, [[sont limitées à des aliments]] les donations faites par une personne à son enfant adultérin ou incestueux, [[sauf les donations faites par contrat de mariage (art. 768).]] La vente, au contraire, est valable entre ces mêmes personnes.

III. *A titre universel* ou *à titre particulier*. — J'acquiers à titre universel, lorsqu'une personne me transmet, non pas tel objet plutôt que tel autre, mais l'*universalité* de ses biens ou une quote-part de cette universalité ; j'acquiers à titre particulier, quand une personne me transmet un ou plusieurs biens déterminés.

Les successions *ab intestat* sont, *en général*, des manières d'acquérir à titre universel. Il existe cependant certaines successions dites *anomales* ou exceptionnelles qui sont des manières d'acquérir à titre particulier (art. 630) (*a*). Les successions *testamentaires* appartiennent à l'une et à l'autre classe : elles peuvent être, en effet, universelles, à titre universel ou à titre particulier (art. 873).

Les successeurs universels sont tenus des dettes de leur auteur (art. 735 et 875) ; les successeurs particuliers n'en sont point tenus (art. 735).

[[Ces considérations générales sur la nature de l'acquisition et ses grandes divisions nous permettront maintenant de classifier et d'étudier à part les divers modes d'acquérir indiqués par le législateur. Sur cette matière notre code entre en plus de détails que le code Napoléon ; il pose d'ailleurs des règles plus précises en même temps que plus complètes. Pour cette raison, je crois devoir traiter ces questions moi-même, tout en m'inspirant de la doctrine des auteurs et en reproduisant le texte de Mourlon quand la chose me sera possible.

(*a*) Nous n'avons cependant à indiquer que la succession des ascendants aux biens qu'ils ont donnés à leurs enfants décédés sans postérité. On signale, en France, le droit de l'adoptant vis-à-vis de la succession de l'adopté et des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel contre la succession des père et mère de cet enfant. Nous n'avons rien de semblable dans notre droit.

II.—*Classification des divers modes d'acquérir.*

Notre article 583 énumère sept modes d'acquérir, savoir : 1° l'appréhension ou l'occupation ; 2° l'accession ; 3° la succession ; 4° le testament ; 5° le contrat ; 6° la prescription ; 7° l'effet de la loi et des obligations (*a*). A cela on peut ajouter : 8° la tradition ; 9° la perception des fruits.

Cette énumération est donnée dans l'ordre logique et met l'occupation en première ligne, car c'est là l'origine de la propriété. Je la suivrai en donnant, sur chaque mode d'acquérir, dont il n'a pas déjà été traité ou dont ne sera pas question plus loin, des explications aussi courtes que possible.

I. De l'occupation ou appréhension. — L'occupation est un mode originaire d'acquérir ; c'est même l'origine de toute propriété. Je ne me propose pas de faire ici une étude philosophique de la propriété et de ses origines ; des considérations générales sur ce sujet ont été exposées ailleurs (*b*). Il me suffira de dire que Dieu, comme le remarque Pothier (*c*), ayant fait donation au genre humain de la terre et de tout ce qu'elle renferme, les hommes, par leur occupation de parties de la terre et des animaux et choses qui s'y trouvent, créèrent la propriété individuelle qui est de droit naturel. Mais il est certaines choses qui ne sont pas susceptibles de l'occupation, parce qu'elles ont été créées pour l'usage de tous. Ce sont des choses communes, elles n'appartiennent à personne : *res communes*, comme disent les jurisconsultes. " Il est des choses ", dit l'article 585, " qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun " à tous. Des lois d'ordre public règlent la manière d'en " jouir " (*d*). Ainsi l'air, la lumière et en général l'eau, ne sont

---

(*a*) Voici le texte de cet article :

583. " La propriété des biens s'acquiert par appréhension ou occupation, " par accession, par succession, par testament, par contrat, par prescription, " et autrement par l'effet de la loi et des obligations.

Cet article est plus complet dans son énumération que les articles 711 et 712 du code Napoléon qui ne désignent que cinq modes d'acquérir. Du reste, l'énumération de notre article n'est pas complète, car elle n'est pas, disent les codificateurs, limitative.

(*b*) Tome 2, pp. 466 et suiv.

(*c*) *Propriété*, n° 21.

(*d*) Sauf la substitution des mots " des lois d'ordre public " aux mots " des lois de police ", c'est la copie textuelle de l'article 714 du code Napoléon. L'idée est la même.

pas susceptibles d'appropriation ; tout le monde peut en jouir, mais à la condition de respecter ce droit commun à tous. Aussi, des restrictions ont elles été apposées par des lois dites d'ordre public à l'usage de ces choses communes, afin d'empêcher les abus. Même l'usage de l'air et de la lumière est réglementé, et c'est ainsi que défense a été faite d'établir des ouvertures ou jours à une certaine distance de la propriété d'autrui ; l'usage de l'eau est également soumis à des règlements, et les abus qu'on peut en faire sont rigoureusement réprimés.

En dehors de ces choses communes qui n'appartiennent à personne, on peut affirmer que toute chose est, du moins *a priori*, susceptible d'occupation. Mais l'occupation n'est, en principe, légitime, qu'autant que la chose occupée n'est la propriété de personne, *res nullius*. Méconnaître cette règle fondamentale serait légitimer le vol. Mais l'occupation de la chose d'autrui n'est pas toujours criminelle, elle peut créer une possession légitime, reconnue et protégée par la loi, et cette possession, si elle dure assez, peut donner lieu à la prescription, ce qui est un autre mode d'acquérir.

Nous n'allons nous occuper ici que de l'occupation de la chose que personne ne s'est appropriée, *res nullius*, occupation qui par sa seule force, et sans l'aide de la possession et de la prescription qui en est le couronnement, confère le droit de propriété.

Il semblerait, l'occupation ayant été d'un usage très fréquent durant les soixante siècles qui se sont écoulés depuis la création de l'homme, qu'il ne resterait maintenant que peu de choses qui puissent en être l'objet. Cependant, par suite de la découverte de régions inconnues, des révolutions, de l'abandon ou de la perte d'objets particuliers et d'autres causes qu'il est impossible de préciser, il reste encore aujourd'hui une catégorie très considérable de choses *nullius* que l'homme peut encore s'approprier. A cela, ajoutez la nombreuse classe des animaux sauvages, *feræ naturæ*, les oiseaux, les poissons, qui vivent dans l'état de liberté. Quant à ces animaux, l'occupation est le seul mode de les acquérir ; le propriétaire du champ, de la forêt ou de la piscine, bien qu'il puisse empêcher les autres de s'en emparer, n'en est lui-même propriétaire que lorsqu'il les a lui-même appréhendés. Il peut être propriétaire d'un étang empoissonné, il ne deviendra propriétaire des poissons que quand il en aura pris possession (*a*).

(*a*) Il en est différemment des poissons que l'on tient dans un réservoir ; ces poissons sont individuellement la propriété du maître du réservoir. Voy. mon tome 2, p. 514.

Mais cette faculté d'occuper, comme la jouissance des choses communes, a été réglementée par la loi. Le droit public pose même un principe dont j'aurai à expliquer le sens comme l'étendue, à l'effet que tous les biens vacants et sans maître appartiennent à la couronne comme représentant de l'État. Il y a d'abord l'article 401 que j'ai expliqué ailleurs, et qui dit que " tous les biens vacants et sans maître, ceux des personnes " qui décèdent sans représentants, ou dont les successions sont " abandonnées, appartiennent au domaine public." Ensuite, il y a l'article 584 qui se lit comme suit :—

584. " Les biens qui n'ont pas de maître sont considérés " comme appartenant au souverain " (*a*).

A prendre cet article au pied de la lettre, il n'y aurait plus de biens sans propriétaire et partant pas d'objets dont la propriété puisse s'acquérir par occupation, car tout ce qui entrerait dans cette catégorie serait la propriété du souverain. Cependant, la plupart des auteurs limitent sa disposition aux immeubles et aux meubles qui dépendent de successions tombées en deshérence (*b*). Donc il est de principe que les immeubles non occupés appartiennent à la couronne. Cela n'est pas douteux dans la province de Québec où toutes les terres non encore concédées sont connues sous le nom de terres de la couronne. Quant aux meubles que personne ne s'est appropriés, aux animaux sauvages, aux objets abandonnés ou perdus et non réclamés, l'acquisition par occupation a lieu et les articles qui suivent en donnent plusieurs exemples. Nous étudierons ces exemples dans l'ordre indiqué par le législateur.

1° *Du trésor.*—L'article 586 se lit comme suit :

" 586. La propriété d'un trésor appartient à celui qui le " trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans " le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a " découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds.

" Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle " personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte " par l'effet du hasard" (*c*).

(*a*) C'est en substance la disposition de l'article 713 du code Napoléon

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, n° 5.

(*c*) Sauf un mot (le mot " pur " omis devant " effet "), c'est la copie textuelle de l'article 716 du code Napoléon.

Les codificateurs nous disent que notre article diffère de l'ancienne loi française, d'après laquelle le trésor trouvé se divisait en trois parts, l'une pour l'inventeur, l'autre pour le seigneur justicier et la troisième pour le propriétaire du fonds. Il n'y avait plus lieu à cette division tripartite depuis l'abolition de la tenure seigneuriale en ce pays.

On doit doit donc définir le trésor : une chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par l'effet du hasard.]]

"*Cachée ou enfouie...*" Il s'agit donc d'une chose qui n'a pas été trouvée sur la *surface* de la terre. Toutefois, il n'est pas nécessaire que ce soit une chose trouvée *enfouie* dans le sol ; il suffit qu'elle soit *cachée* dans une autre chose, par exemple, dans un mur, dans un arbre, ou même dans un meuble, pourvu qu'elle ait une individualité propre. — [[Les articles qui suivent s'occupent des choses qui sont trouvées sur le sol, dans la mer ou sur ses rivages, sur les rivières ou chemins publics.]]

"*Sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété...*" Si donc une personne vient établir, soit par titre, soit par témoins ou même par de simples présomptions, que la chose qui a été découverte avait été cachée par elle ou par une autre personne à laquelle elle a succédé, cette chose doit lui être rendue.

"*Découverte par l'effet du hasard...*" Cette condition est de trop. La chose qui a été trouvée cachée ou enfouie, et sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, est *toujours* un trésor. Ainsi, lorsqu'un propriétaire fait fouiller son jardin, dans l'intention d'y recueillir une cassette pleine d'argent qu'il présume y être enfouie, cette cassette, s'il la découvre, est un trésor, et c'est en cette qualité qu'elle lui appartient. Ce n'est qu'au point de vue de l'*attribution* du trésor qu'il importe de distinguer s'il a été ou non découvert par l'effet du hasard.

S'il a été découvert par le propriétaire de la chose dans laquelle il était caché ou enfoui, il appartient toujours à l'inventeur.

S'il a été découvert par un tiers dans la chose d'autrui, une sous-distinction est nécessaire :

Est-il découvert autrement que par l'effet du hasard, l'inventeur n'y a aucun droit. En effet, de deux choses l'une : ou l'inventeur a cherché et trouvé le trésor, *à l'insu du propriétaire*, en se cachant de lui, et alors il a violé la propriété d'autrui, il a commis un délit, et un délit ne peut pas être une juste cause d'acquisition ; ou il l'a cherché *par ordre du propriétaire* qui l'employait à cet effet, et alors ce n'est pas lui qui est l'inventeur : il a occupé, non pour lui, mais pour le maître qui l'a employé et dont il n'a été que l'instrument. Ainsi, dans l'une et dans l'autre hypothèse, le trésor n'appartient, pour aucune portion, à celui qui l'a trouvé. Faut-il alors l'attribuer

au propriétaire de la chose dans laquelle il était caché ou enfoui ? L'affirmative n'est pas douteuse, si c'est par son ordre qu'il a été cherché : car alors, c'est lui qui en est le véritable inventeur : il l'acquiert par occupation. Mais la question est plus difficile si l'on se place dans l'hypothèse où le trésor a été découvert par un tiers qui l'a cherché à l'insu du propriétaire; on la résout pourtant dans le même sens. Telle était, dit-on, la disposition de la loi romaine (1), et rien ne montre que le code s'en soit écarté.

Est-il découvert par l'effet du hasard : il appartient moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire de la chose dans laquelle il a été découvert. — On ne voit pas sur quels principes repose cette attribution par moitié. A ne consulter que le droit commun, le trésor devrait appartenir en entier à celui qui le trouve. Le trésor, en effet, n'est ni un fruit, ni un produit, ni même une portion de la chose dans laquelle il est découvert : c'est une chose *nullius*. La loi elle-même l'entend bien ainsi, lorsqu'elle le définit : " Une chose sur laquelle *personne ne peut justifier sa propriété.*" Or, les choses qui n'ont pas de maître connu sont attribuées à celui qui en prend possession, qui les occupe, à l'inventeur !

Deux motifs ont fait rejeter cette déduction rigoureuse des principes. La valeur qui a été découverte appartenait peut-être au propriétaire de la chose dans laquelle elle a été trouvée, ou au moins à ses ancêtres ; ce n'est qu'une probabilité sans doute, mais cette simple présomption doit être prise en considération. Il serait trop dur d'ailleurs que le propriétaire, qui, d'un moment à l'autre, aurait pu découvrir le trésor et en jouir seul, fût privé, par l'effet du hasard, de ce bénéfice éventuel.

L'*inventeur* du trésor est celui qui l'a rendu *visible* en le mettant à découvert ; qu'il l'ait appréhendé ou non, vu ou non le premier, il n'importe. Ainsi, il ne suffit pas, pour y avoir droit, de l'avoir aperçu ou de l'avoir saisi le premier si c'est un autre qui l'a rendu visible,

Le trésor, ainsi que je l'ai dit, n'est pas un *fruit* : l'usufruitier de la chose dans laquelle il a été trouvé par un tiers n'y a, par conséquent, aucun droit (voy. mon tome 2, p. 569), [[mais il n'en est pas de même, je l'ai dit, de l'emphytéote qui jouit de tous les droits attachés à la qualité de propriétaire (voy. *supra*, p. 196).]]

---

(1) Pothier. *Traité du droit de propriété*, n° 65.

Ce n'est pas non plus un produit, ni, à bien plus forte raison, une portion du sol dans lequel il a été trouvé : car, bien certainement, on ne dira point qu'une cassette pleine d'argent découverte dans un tronc d'arbre est une fraction d'arbre. C'est tout simplement une chose *nullius* dont la propriété est attribuée par la loi à certaines personnes, un don de fortune pour celle qui l'acquiert (1).

2° *Des droits de chasse et de pêche.*—Personne n'ayant le droit de passer sur le champ d'autrui sans le consentement du propriétaire, il semble que le droit de chasse n'appartient qu'à ceux qui sont propriétaires d'immeubles. On peut dire cependant que ce droit appartient à toute personne, même non propriétaire : il consiste, en effet, dans la faculté d'acquérir par occupation les animaux sauvages, et cette faculté appartient très certainement à toute personne sans distinction. La prohibition de passer sur le terrain d'autrui n'est donc pas destructive du droit de chasse. Quand une personne m'autorise à chasser sur ses terres, elle ne me donne point le droit de chasse, qui appartient à tous, mais elle renonce à me considérer comme violant sa propriété. Si j'exerce le droit de chasse sur le terrain d'autrui, sans le consentement du propriétaire, je porte atteinte à son droit de propriété, ce qui me rend passible d'une amende et fait naître contre moi l'obligation de réparer le dommage que je cause ; mais l'animal dont je m'empare est à moi, il m'appartient dès que je le possède : car cette prise de possession est précisément l'*occupation* d'une chose qui n'appartient à personne.

—Ce que nous disons du droit de chasse s'applique également au droit de pêche. Notez cependant que [[l'article 1376, § 3, des statuts refondus de la province de Québec]] autorise la saisie ou confiscation du poisson pris par un tiers dans une rivière sur laquelle il n'a aucun droit.

[[L'article 587 porte que " la faculté de chasser et de pêcher " est sujette à des lois spéciales d'ordre public, et aux droits " légalement acquis aux particuliers."

Je n'ai pas l'intention de rendre compte en détail des lois de chasse et pêche qui nous régissent en ce pays. Je crois que le droit du chasseur sur l'animal sauvage dont il s'empare ou celui du pêcheur sur le poisson qu'il prend—sauf les cas de confiscation prévus par la loi—ne souffre pas de doute, sans

---

(1) La qualification de *trésor* ne peut convenir qu'à une chose purement mobilière. Arrêt de la chambre des requêtes du 13 décembre 1881 (Sir., 82. 1. 255).

égard à la propriété de l'endroit où la chasse ou la pêche se fait. Il peut y avoir lieu à condamnation pour avoir pénétré sans droit sur le terrain d'autrui (*trespass*), mais cette considération ne doit pas affecter la question de la propriété de l'animal dont le chasseur s'est emparé.

Et à ce propos je puis citer une espèce curieuse rapportée dans nos recueils de jurisprudence. Il s'agit de la cause de *Charlebois* v. *Raymond* (12 L. C. J., p. 55), dans laquelle le juge Berthelot a décidé que celui qui est à la poursuite d'un animal sauvage est censé en être le premier occupant, tandis qu'il est à sa poursuite, et qu'il n'est pas permis à un autre de s'en emparer pendant ce temps, et que, dans ce cas, ce dernier doit en payer la valeur au poursuivant. Le demandeur s'était mis à la poursuite d'un ours et l'avait suivi pendant toute une journée avec ses hommes et ses chiens. Le lendemain matin le demandeur a continué la chasse de l'ours, le suivant à la piste de très près, jusqu'au moment où l'animal fut tué par le défendeur, qui s'était embusqué dans une pointe du bois pour guetter son passage. Il fut prouvé que les chiens du demandeur avaient mordu l'ours. Le défendeur ayant refusé de rendre l'animal au demandeur fut condamné à lui en payer la valeur.

Le but principal de notre loi de la chasse, dont les dispositions se trouvent aux statuts refondus de la province de Québec, articles 1396 et suivants (*a*), est d'empêcher la destruction complète de certains animaux, et à cette fin il y a des saisons prohibées où la chasse est punie par des amendes, et où la confiscation des animaux illégalement tués est autorisée. La chasse en principe n'est permise qu'aux personnes domiciliées en la province de Québec; les étrangers doivent être porteurs d'un permis du commissaire des terres de la couronne.

Quant à la pêche, nous avons à consulter les lois fédérales et les lois provinciales, suivant qu'il s'agit des rivières navigables ou non navigables. L'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, art. 91, § 12, a accordé au parlement du Canada la juridiction législative exclusive quant aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur, mais la cour suprême, dans la cause de *The Queen* & *Robertson* (6 *Supreme Court Repts*, p. 52), a jugé que cette disposition ne permet pas au parlement de porter des lois quant aux pêcheries dans les rivières non navigables, lesquelles restent soumises aux législatures des provinces.

(*a*) Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises depuis.

Tout récemment, le gouvernement fédéral a soumis à la cour suprême une série de questions quant à la juridiction que le parlement fédéral pouvait avoir sur les pêcheries provinciales. Les réponses de ce tribunal dans cette affaire, intitulée *in re Provincial Fisheries* (26 *Supreme Court Repts*, p. 444), établissent que le parlement du Canada ne peut autoriser l'octroi par bail, permis ou autrement du droit de pêcher dans des eaux non navigables, ni dans des eaux navigables dont les lits et rives sont attribués aux provinces par l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord ; que la juridiction législative du parlement, sous l'article 91, § 12, de cette loi, se borne à la réglementation et à la conservation des pêcheries de la mer et de l'intérieur, ce qui lui permet d'exiger que ceux qui veulent pêcher dans des eaux publiques se munissent d'un permis du département de la marine et des pêcheries, de fixer le taux de ces permis et d'interdire la pêche sans permis à cet effet ; que le parlement peut refuser sans condition le droit de pêche à certaines catégories de personnes, comme aux aubains ; que ces permis ne confèrent qu'une autorisation personnelle et ne donnent pas le droit exclusif de pêcher dans un endroit spécifié ; que l'article 4 du chapitre 95 des statuts revisés du Canada et les autres dispositions qui tendent à octroyer des droits exclusifs de pêche dans des eaux provinciales dépassent les pouvoirs du parlement fédéral ; que les articles 1375 à 1378 inclusivement des statuts revisés de la province de Québec sont de la compétence de la législature de cette province.

La loi fédérale, concernant la pêche, est énoncée au chapitre 95 des statuts revisés du Canada, et des modifications lui ont été apportées à plusieurs reprises. Ce sont des dispositions réglementaires ayant pour but d'empêcher la destruction du poisson. Ainsi, il y a des saisons prohibées pour la pêche comme pour la chasse, certains engins de pêche sont proscrits, et la confiscation du poisson pris illégalement est autorisée. La loi provinciale de la pêche, articles 1374 et suivants des statuts refondus de la province de Québec, a surtout pour objet de pourvoir à la concession des droits de pêche dans les rivières non navigables et les lacs qui sont la propriété de la couronne. Elle reconnaît le droit de toute personne domiciliée dans la province de pêcher à la ligne seule dans les rivières non navigables et les lacs qui appartiennent à la couronne et qui ne sont pas sous bail ; pour tout autre mode de pêche, il faut une autorisation du commissaire des terres de la couronne. Les etrangers ne peuvent pêcher sans s'être munis d'un permis.

Dans la cause de *Leboutillier* v. *Hogan* (17 R. L., p. 463), le juge Pelletier a jugé que le droit exclusif de chasse et de pêche accordé dans la concession d'une seigneurie faite en 1688, n'a pas été aboli par l'opération de l'acte seigneurial de 1854 : que les propriétaires riverains ont le droit exclusif de pêcher dans une rivière qui n'est que flottable à bûches perdues, vis-à-vis de leur propriété et jusqu'au milieu de la rivière, la pêche constituant un profit à prendre qui appartient au propriétaire riverain ; que le département de la marine et des pêcheries du Canada ne peut accorder des droits de pêche sur telle rivière, et le gouvernement de la province de Québec ne peut, non plus, octroyer des permis à cette fin.

Dans la cause de *Fraser* & *Fraser* (R. J. Q., 2 B. R., p. 215), la cour d'appel a jugé, confirmant l'arrêt de la cour de révision (R. J. Q., 2 C. S., p. 61), que le droit de pêche sur les rives du St Laurent bornant les seigneuries n'était pas un accessoire de ces seigneuries, et n'appartenait pas au seigneur auquel il n'avait pas été spécialement accordé ; que ce droit, lorsqu'il avait été accordé au seigneur, n'était pas sous-inféodé sans concession expresse et spéciale, et que le seigneur, auquel le donne son titre, peut empêcher le censitaire riverain, qui n'a pas de titre, de tendre une pêche sur la grève du St-Laurent à laquelle sa terre aboutit.

3° *Des épaves.*—Pothier (*Propriété*, n° 67) définit les *épaves*, des choses égarées dont on ne connaît pas le propriétaire, comme un cheval, une vache ou quelqu'autre animal qu'on trouve errer sans conducteur, une bourse, une bague, un mouchoir ou quelque autre chose qu'on trouve dans un chemin ou leur propriétaire les a laissés tomber par mégarde.

Dans l'origine, dit M. Baudry-Lacantinerie (*a*), le mot *épave* désignait les animaux qui avaient été perdus par leur propriétaire après avoir été dispersés par la frayeur, *expavefacta*. Plus tard, ajoute t-il, on employa cette expression pour désigner tous les objets perdus ou égarés et on l'étendit même à certaines choses du crû de la mer, telles que le corail et le varech jetés sur la grève par les flots. Tel est aujourd'hui le sens juridique de ce mot.

Il ne faut pas confondre les épaves avec les *res nullius* ou les *res derelictæ* ; les premières ont un propriétaire, inconnu, il est vrai les autres n'en ont pas : M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato*.

(*a*) Tome 2, n° 16.

Le même auteur divise les épaves en quatre catégories : 1° *Les épaves de mer*, que j'appellerai *épaves maritimes ;* 2° *Les épaves des cours d'eau navigables ou flottables* ou *épaves fluviales ;* 3° *Les épaves des cours d'eau non navigables ni flottables*, on les assimile, dans le droit français comme dans le nôtre (art. 593), aux épaves terrestres ; 4° *Les épaves de terre* que je désignerai sous le nom d'*épaves terrestres.*

Notre code a des dispositions sur les quatre sortes d'épaves. Il n'en est pas de même du code Napoléon où l'on ne trouve qu'un seul article, l'article 717, qui se contente de dire que les droits sur les effets jetés à la mer, sur les objets que la mer rejette, de quelque nature qu'ils puissent être, sur les plantes et herbages qui croissent sur les rivages de la mer, sont réglés par des lois particulières, et qu'il en est de même des choses perdues dont le maître ne se représente pas. Pour les épaves maritimes et fluviales on remonte, en France, jusqu'aux anciennes ordonnances ; pour les autres, sauf quelques dispositions spéciales, on est obligé d'enseigner — et même ce point est contesté — que la propriété de la chose trouvée restera à l'inventeur, si elle n'est revendiquée avant que prescription en soit acquise (*a*).

Epaves maritimes.—Avant de traiter de ces épaves, j'aurai à citer un article qui ne se rapporte nullement aux épaves, puisqu'il y est question de choses qui sont *res nullius.* Cependant, cet article se rattache naturellement à ce qui va suivre et fait voir la distinction entre l'occupation d'une chose qui n'appartient à personne et de celle dont on ne connaît pas le propriétaire.

La mer, on le sait, a ses produits comme la terre ; ces produits, quand personne ne s'en est encore emparé, peuvent s'acquérir par occupation. A cet effet l'article 588 pose la règle suivante :

588. " Les choses qui sont le produit de la mer et qui n'ont " appartenu à personne, tirées de son fonds, trouvées sur ses " flots ou jetées sur ses rivages, appartiennent par droit d'occu- " pation à celui qui les a trouvées et se les est appropriées."

Je ne parlerai pas ici des poissons ; j'en ai dit un mot sous le titre des droits de chasse et de pêche.

Par produits de la mer, on peut entendre les plantes et herbages qui croissent dans la mer, les coquillages, les pierres ou cailloux, et les autres objets qui sortent des flots, y flottent ou

---

(*a*) Demolombe, t. 13, n° 71 ; Laurent, t. 8, n°s 461 et suiv. ; M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, n° 16.

sont jetés sur les rivages. Ces objets qui sont *res nullius* sont la propriété du premier occupant. Ici, la loi de l'occupation s'exerce sans limite comme sans conteste, mais à la condition que ces choses ne soient pas déjà devenues propriété particulière.

Il est question des véritables épaves maritimes dans l'article 589 qui est en ces termes :

589. "Les choses, auparavant possédées, qui sont trouvées à " la mer ou sur ses rivages, ou le prix, si elles ont été vendues, " continuent d'appartenir à leur propriétaire s'il les réclame ; " et s'il ne les réclame pas, elles appartiennent au souverain ; " sauf dans tous les cas les droits de celui qui les a trouvées " et conservées, pour leur sauvetage et leur conservation."

Citons également l'article 590, d'après le texte que lui donne l'article 6231 des statuts refondus de la province de Québec (*a*).

590. "Ce qui concerne les vaisseaux naufragés et leurs " marchandises et les objets et débris qui en proviennent, la " manière d'en disposer ainsi que du prix produit et le droit de " sauvetage, est réglé spécialement par la loi fédérale con- " cernant les naufrages et le sauvetage."

Le droit français et le droit anglais ne diffèrent pas essentiellement sur la propriété des navires et effets naufragés ; tous deux avaient longtemps lutté contre des usages barbares qui permettaient à toute personne de s'emparer des débris de navires naufragés.

A côté des prétentions des simples particuliers il y avait celles des seigneurs, plus difficiles à réprimer et, dit Valin, "la " loi, aussi impuissante que la raison, n'était pas écoutée." A la fin on eut raison de ces abus et l'ordonnance de la marine, art. 24, liv. 4, tit. 9, décréta que "les vaisseaux échoués " et les marchandises et autres effets provenant des bris et " naufrages, trouvés en mer ou sur les grèves, pourront être " réclamés dans l'an et jour de la publication qui en sera faite, " et ils seront rendus aux propriétaires ou à leurs commis- " sionnaires en payant les frais faits pour les sauver." Cette disposition ne diffère guère de notre loi actuelle, comme nous le verrons dans un instant.

(*a*) Les auteurs des statuts refondus ont perdu de vue le fait que l'article 590, tel que rédigé par les codificateurs, et qui renvoyait à l'acte impérial "The Merchant Shipping Act, 1354," a été abrogé purement et simplement par le statut fédéral, 36 Vic., ch. 55, art. 37. Je le cite cependant, d'après le texte que lui donne l'article 6231 S. R. P. Q., car ce texte ne fait qu'énoncer un fait qui est exact.

En Angleterre, on est arrivé au même résultat final, mais en suivant une marche sûre quoique lente, ce qui d'ailleurs est l'un des traits caractéristiques de la législation anglaise. Il a toujours été de principe dans le droit anglais que les vaisseaux et effets naufragés (*wrecks*) sont la propriété du roi, et on ne change pas facilement un principe en Angleterre, mais quand on le trouve injuste, on en limite l'application. Ainsi, on a commencé par dire que si quelqu'un s'échappait du sinistre, ce ne serait pas un naufrage; plus tard, on décréta qu'il n'y aurait pas naufrage même si un animal se sauvait et si les effets étaient réclamés dans les trois mois. Finalement, le délai pour revendiquer les effets fut étendu à un an et un jour, et pourvu que ces choses pussent s'identifier par quelque marque, il n'y avait pas naufrage et partant pas d'attribution des effets naufragés au roi.

Notre loi sur les naufrages est actuellement le chapitre 81 des statuts revisés du Canada. Sa définition du mot "épave" (en anglais, "*wreck*") a plus d'extension que celle du droit commun anglais; elle comprend la cargaison, les munitions ou approvisionnements et appareils de tout vaisseau et toutes les parties d'un vaisseau qui en sont séparées, ainsi que les biens et effets des naufragés.

Ce statut autorise la nomination d'un receveur des épaves, ordinairement un préposé de l'administration des douanes, lequel peut prendre les mesures requises pour prévenir la destruction complète d'un navire naufragé ou la perte de sa cargaison. Il y est dit que lorsque quelqu'un aura pris possession d'épaves, il devra les délivrer aussitôt que possible au receveur, lequel doit donner avis public de la découverte de l'épave, et le propriétaire peut la réclamer dans l'année, sur paiement des droits de sauvetage et des autres dépenses encourues. Si le receveur croit qu'il est de l'intérêt des intéressés que les épaves soient vendues, ou si ces épaves se composent d'effets d'une nature dangereuse, il peut les vendre et alors la réclamation du propriétaire se portera sur les deniers produits par la vente. Cette vente peut également se faire lorsque le propriétaire de l'épave, après vingt jours d'avis, néglige de payer les frais de sauvetage et autres honoraires et dépenses. Après l'expiration de l'année accordée au propriétaire pour produire sa réclamation, si nul n'a établi son droit à l'épave, cette épave est vendue et le produit de la vente est versé dans le trésor public. Les contestations sur la propriété des épaves sont de la compétence de toute cour ayant juridiction civile jusqu'à concur-

rence de la valeur de l'épave ou du montant en litige, si l'épave a été vendue.

Voilà pour la revendication des épaves. Quant aux droits de sauvetage, le statut fédéral les divise en deux classes : ceux qui sont dus au sauveteur pour avoir sauvé la vie, et ceux qu'il a droit de réclamer pour avoir sauvé des biens. Il n'est question ici que des droits de sauvetage de la dernière catégorie ; la loi ne les a pas tarifés, elle se contente de dire que le propriétaire du vaisseau ou de l'épave payera un droit raisonnable de sauvetage, y compris les dépenses raisonnablement faites. Lorsque le montant réclamé n'excède pas cent dollars ou que la valeur de l'épave ne dépasse pas deux cent cinquante dollars, ou si les parties y consentent par écrit, le receveur de la circonscription dans laquelle les services ont été rendus, ou dans laquelle la propriété se trouvait à l'époque de la réclamation du paiement de ces services, peut juger le différend quant aux droits de sauvetage et leur montant, sauf appel, dans les trente jours, au ministre de la marine et des pêcheries. Dans tous les autres cas, la contestation est de la compétence du tribunal civil ayant juridiction jusqu'à concurrence du montant réclamé ou de la valeur de la propriété responsable. Le receveur peut saisir l'épave pour la garantie des frais de sauvetage et ne le délivrer à son propriétaire que sur cautionnement que ces frais seront payés. Il y a également des dispositions pour la distribution des frais de sauvetages parmi les sauveteurs et pour le règlement des contestations à cet égard ; il n'est pas nécessaire d'en parler d'une manière spéciale ici.

Dans la cause de *Chabot* v. *The Quebec Steamship Co. & Duval* (R. J. Q., 6 C. S., p. 214), le juge Routhier a jugé que l'absence d'articles d'engagement de l'équipage, bien qu'elle constitue une infraction à la loi, ne suffit pas pour faire perdre à l'équipage son droit à une part du sauvetage ; qu'il n'est pas même nécessaire que les matelots soient régulièrement engagés pour y avoir droit, du moment qu'il est prouvé qu'ils y ont pris part ; enfin que le défaut par le sauveteur de faire un protêt relatant tous les faits du sauvetage, n'enlève pas le droit d'action. Dans l'espèce, on a jugé qu'il y avait eu sauvetage et non un touage ordinaire (*a*).

(*a*) On trouve une autre cause de *Chabot* v. *The Quebec Steamship Co.* (R. J. Q., 2 C. S., p. 481), dans laquelle le même juge a décidé que le propriétaire du vaisseau qui a opéré le sauvetage ne peut poursuivre en son nom seul que pour la part du dit sauvetage qui lui serait due, et s'il n'allègue pas en quoi consiste cette part et ne fait pas connaître les noms

Epaves fluviales.—Il faut citer sous ce titre deux articles, les articles 591 et 592. Le premier ne se rapporte qu'aux foins qui croissent sur les grèves du fleuve Saint-Laurent ; ces foins qui poussent sur la grève entre la haute et la basse marée peuvent être compris parmi les épaves *lato sensu*. Le second article se rapporte aux véritables épaves fluviales. Ces articles se lisent comme suit :

591. " Les foins croissant sur les grèves du fleuve Saint-" Laurent qui ne sont pas propriété privée, sont, dans certains " lieux, attribués par des lois spéciales ou par les titres parti-" culiers, au propriétaire riverain, sous les restrictions imposées " par la loi ou les règlements.

" Dans les autres cas, s'il n'en a pas été disposé autrement " par le souverain, ils appartiennent, par droit d'occupation, à " celui qui les exploite."

592. " Les choses trouvées dans ou sur le fleuve Saint-Laurent " ou la partie navigable de ses tributaires, ou sur leurs rivages, " doivent être dénoncées, et il en est disposé en la manière " pourvue par des lois particulières " (*a*).

Par *grèves*, dans l'article 591, le législateur entend cette partie de la grève du fleuve Saint-Laurent qui se trouve entre la haute et la basse marée et qui, partant, fait partie du domaine public (art. 400).

En parlant de *lois spéciales*, les codificateurs faisaient allusion au chapitre 28 des statuts refondus pour le Bas-Canada qui tirait sa source du statut 6 Guillaume IV, ch. 55 (1835) ; ce statut, ainsi que son titre l'indique, avait pour but de pourvoir à la conservation, pour des fins d'agriculture, du foin qui croissait sur les grèves dans le district de Québec. Ces dispositions sont maintenant codifiées aux articles 5537 à 5544 des statuts refondus de la province de Québec ; elles attribuent aux propriétaires riverains de la rive sud du fleuve, en aval de Québec, le droit de couper et sécher le foin sur les grèves ou rivages entre les marques de la haute et de la basse mer, en front de leurs terres ou emplacements respectifs, à l'exclusion de toutes autres personnes. Le statut accorde à la partie lésée une action en dommages contre toute personne qui coupe du

---

et domiciles des autres intéressés, savoir le capitaine et l'équipage, son action sera renvoyée sur exception à la forme.

(*a*) Je cite cet article d'après le texte de l'article 6232 S. R. P. Q., qui a retranché le mot " provinciales " qui suivait le mot " lois " dans la rédaction du code.

foin au préjudice du riverain qui y a droit. Il ajoute qu'en cas de difficulté, la possession publique et paisible antérieure au 21 mars 1836, sera maintenue comme bonne et valable, et que rien de contenu au dit acte n'aura l'effet de gêner le droit de pêche sur les grêves, tel qu'exercé avant le dit jour.

Il n'est question dans cette loi que de la rive sud du fleuve ; c'est donc sur la rive nord—en l'absence de dispositions ou concessions contraires — que le droit d'occupation pourra surtout s'exercer.

L'article 592, je l'ai dit, s'occupe des véritables épaves fluviales. Les codificateurs indiquent les lois particulières auxquels ils font allusion. Ce sont le statut 12 Vic., ch. 114, art. 98 99, concernant la maison de la Trinité de Québec, et le statut 22 Vic., ch. 12, concernant la maison de la Trinité de Montréal. Ces deux statuts sont reproduits dans le recueil des actes non abrogés par les statuts revisés du Canada. L'article 98 du premier statut a été remplacé par le statut fédéral 36 Vic., ch. 55, art. 38, par un long article, lequel est encore en force, n'ayant pas été abrogé par le chapitre 81 des statuts revisés du Canada (1886). L'article 99 a été abrogé purement et simplement par le statut 22 Vic., ch. 31, qui contient une disposition qui le remplace et est encore en vigueur. Le statut 22 Vic., ch. 12, également cité par les codificateurs, n'a pas été abrogé. Il faut cependant ajouter que la maison de la Trinité de Montréal et la maison de la Trinité de Québec ont été dissoutes et que leurs pouvoirs ont été transférés aux commissaires du havre de ces villes, par les statuts 36 Vic., ch. 61 (pour Montréal) et 38 Vic., ch. 55 (pour Québec).

Il n'est pas nécessaire d'insister beaucoup sur ces dispositions statuaires que le législateur lui-même n'a pas jugé à propos d'incorporer dans le code civil. Je puis dire que, par le statut 36 Vic., ch. 55, art. 38, toute personne trouvant des espars, madriers, billots et bois de construction ou autre chose non périssable, n'étant pas une épave(*a*), sur le fleuve Saint-Laurent ou sur toute autre rivière ou eau dans les limites du port de Québec, ou sur la grève, doit en donner avis au maître du havre, sous quatre jours, si l'objet a été trouvé dans les limites du havre de Québec, et sous quinze jours, s'il est trouvé dans tout autre endroit du port de Québec. Le sauveteur a droit à une rémunération. Aux termes du statut 22 Vic., ch. 31, art. 2, le maître du havre peut annoncer la découverte pendant quatre

(*a*) Voy. la définition de ce mot, *supra*, p. 243.

semaines et si la chose n'est pas réclamée, il la fait vendre publiquement et les deux-tiers du produit net de la vente vont à celui qui l'a trouvée et l'autre tiers à la maison de la Trinité à Québec.

Le statut 22 Vic., ch. 12, art. 1 et 2, contient des dispositions analogues pour le port de Montréal.

Dans la cause de *McGuire* v. *The Trinity House of Montreal* (15 L. C. R., p. 411), le juge Berthelot a jugé que, sous le statut 22 Vic., ch. 12, lorsqu'une ancre a été trouvée dans le port de Montréal par le capitaine d'un vaisseau, ce dernier a droit aux deux tiers du produit de la vente, et il a renvoyé une intervention des propriétaires du vaisseau réclamant ces deux tiers.

Epaves des cours d'eau non navigables ni flottables.—Epaves terrestres.—Ainsi que je l'ai dit plus haut, les épaves des cours d'eaux non navigables ni flottables sont assimilées, dans notre droit comme dans le droit français, aux épaves terrestres. Je vais donc les réunir dans la même catégorie.

L'article 593 traite de ces deux genres d'épaves en ces termes.

593. " Les choses trouvées sûr terre, sur la voie publique ou " ailleurs, même sur la propriété d'autrui, ou qui se trouvent " autrement sans propriétaire connu, sont, dans beaucoup de " cas, sujettes à des lois spéciales quant aux avis publics à " donner, au droit du propriétaire de les réclamer, à l'indemnité " de celui qui les a trouvées, à la vente, et à l'appropriation " du prix.

" A défaut de telles dispositions, le propriétaire qui ne les a " pas volontairement abandonnées, peut les réclamer en la " manière ordinaire, sauf une indemnité, s'il y a lieu, à celui " qui les a trouvées et conservées ; si elles ne sont pas réclamées, " elles appartiennent à ce dernier par droit d'occupation.

" Les rivières non navigables sont, pour les fins du présent " article, considérées comme lieu terrestre."

Citons immédiatement l'article 594 qui se réfère à la disposition que je viens de rapporter.

594. " Au nombre des choses sujettes aux dispositions parti- " culières mentionnées en l'article qui précède se trouvent :

1° " Les bois et autres objets faisant obstruction sur les " grèves et sur les terrains adjacents ;

2° " Les effets non réclamés entre les mains des possesseurs " de quais et des gardes-magasins, et des personnes qui se " chargent des transports soit par terre soit par eau ;

3° " Ceux restant aux bureaux de poste avec les lettres " mortes ;

4° " Les effets supposés volés et demeurés entre les mains " des officiers de justice ;

5° " Les animaux trouvés errants."

Les lois spéciales auxquelles l'article 593 renvoie sont les articles 5545-5549 des statuts refondus de la province de Québec, relativement aux effets qui se trouvent entre les mains des possesseurs de quais et des gardes magasins ; l'article 44 du chapitre 35 des statuts revisés du Canada, en ce qui se rapporte aux lettres dites *mortes*, le statut les appelle *lettres tombées en rebut* ; les articles 2600-2603 des statuts refondus de la province de Québec, quant aux dispositions qui régissent les effets supposés volés et demeurés entre les mains des officiers de justice ; et les articles 428 et suivants du code municipal relativement aux animaux trouvés errants. Toute mention plus spéciale de ces lois m'entraînerait dans des longueurs incompatibles avec la nature élémentaire de cet ouvrage.

L'article 593 dit qu'à défaut de telles dispositions spéciales, le propriétaire peut réclamer la chose en la manière ordinaire, sauf indemnité, s'il y a lieu, à celui qui l'a trouvée et conservée. L'indemnité se restreint, à mon avis, dans les cas non prévus, aux frais que celui qui a trouvé la chose a encourus relativement à cette chose, comme ceux qu'il a faits pour en prendre possession, pour la conserver, ou pour trouver le propriétaire. Je crois que ce propriétaire peut réclamer l'épave —lorsque le délai pour ce faire n'a pas été fixé par une loi spéciale—tant que son droit de propriété n'a pas été éteint par la prescription ; car son titre de propriété prime le droit de l'inventeur. C'est ce qu'on décide assez généralement en France (*a*).

Donc — sauf le cas de l'abandon qui permet à l'inventeur de devenir propriétaire de l'épave par occupation—l'inventeur l'acquerra par prescription et non par droit d'occupation. Il est vrai que l'article 593 n'indique que ce dernier mode d'acquisition, mais si nous décidons que le propriétaire peut revendiquer la chose, tant que son droit de propriété n'a pas été prescrit—et je crois que nous devons le faire—nous arrivons forcément à la conclusion que le droit résultant de l'occupation sera impuissant à repousser la revendication du propriétaire, tant que ce droit n'aura pas été consolidé par la prescription.

II. De l'accession ou incorporation.—Cette matière a été expliquée dans mon tome 2, pp. 491 et suiv.]]

(*a*) Voy. *supra*, p. 241.

III. De la succession.—C'est un moyen d'acquérir *dérivé*, et le plus souvent, *à titre universel* : tous les biens et toutes les dettes laissés par le défunt sont, dès que la succession est ouverte, transmis de plein droit à son héritier.

IV. Du testament.—[[C'est encore un moyen d'acquérir dérivé. C'est la succession déférée non plus en vertu de la loi mais par la volonté de l'homme ; elle peut être à titre universel ou à titre particulier.

V. Des contrats.—Les codificateurs ont voulu réunir sous une dénomination générique les diverses conventions par lesquelles les hommes traitent de leurs affaires, font des échanges et se procurent de quoi satisfaire leurs besoins. Mais l'expression est trop générale, car il s'en faut que tous les contrats soient des modes d'acquérir. Ainsi le *louage*, le *mandat*, le *depôt*, le *cautionnement*, le *nantissement*, à moins d'une convention spéciale, et l'hypothèque ne font pas acquérir ; au contraire, la *donation* et la *vente* ont pour effet direct de transférer la propriété. Il y a d'autres contrats qui peuvent avoir cet effet d'une manière indirecte, tels que le *contrat de mariage*, la *société*, la *transaction*. L'acquisition par contrat est dans tous les cas un mode dérivé.

Remarquons toutefois que la propriété ne se transfère pas toujours par l'effet du contrat, même lorsque ce contrat est l'un de ceux qui n'ont pas d'autre but que l'acquisition des choses. Il faut quelquefois un acte de la part du débiteur de la chose, pour qu'il y ait, en faveur du créancier de cette chose, acquisition, il faut qu'il la mette lui-même en la possession du créancier par la *tradition*. Autrefois, le contrat de vente créait dans tous les cas une obligation, il n'était pas directement translatif de propriété. La tradition était donc requise dans tous les cas. Aujourd'hui, règle générale, le contrat de vente transfère immédiatement la propriété. Exceptionnellement, il ne la transfère pas lorsque la chose vendue n'est déterminée que quant à l'espèce, comme un cheval *in genere*, tant d'arpents de terre dans tel comté. Il faut alors que le vendeur précise la chose qu'il s'est engagé à vendre, ce qui ne peut se faire que par la tradition. Quelquefois, lorsque la propriété n'est pas transférée par l'effet du contrat, un autre acte que la tradition peut rendre la transmission parfaite. Ainsi, que des choses mobilières soient vendues au poids, au compte ou à la mesure : la vente sera parfaite aussitôt que

le débiteur les aura pesées, comptées ou mesurées, même lorsqu'il n'y a pas eu de tradition (art. 1474).

En résumé, les contrats ne sont pas toujours translatifs de propriété ; ceux qui ont cet effet directement exigent quelquefois l'accomplissement d'un acte pour que la propriété soit transmise, mais, règle générale, dans ces contrats, la propriété s'acquiert dès l'instant de la convention.

VI. La prescription.—La théorie de l'acquisition par prescription sera expliquée dans le titre que le code lui consacre.

VII. De l'effet de la loi et des obligations.—La propriété peut s'acquérir par l'effet de la loi ; à vrai dire, tous les modes d'acquisition découlent de la loi. Mais le législateur a en vue des dispositions spéciales en vertu desquelles la propriété se transmet. Ainsi, le souverain acquiert les biens d'un condamné à mort, par confiscation, dès l'instant de la condamnation (art. 35). Mais la propriété ne s'acquiert pas par l'effet des obligations, et on a raison de s'étonner que le législateur soit tombé dans cette erreur, après avoir suivi la véritable doctrine en indiquant le contrat comme un mode d'acquérir. L'obligation n'est qu'un des effets du contrat, elle procède du contrat (art. 983). Lorsqu'il y a transmission de propriété, cette transmission découle du contrat lui-même et non de l'obligation qui en procède. Si donc la transmission se faisait par l'effet d'une obligation, elle serait l'effet d'un effet. Nous pouvons donc, surtout comme notre code indique le contrat parmi les modes d'acquérir, retrancher les obligations de l'énumération de l'article 583.]]

VIII. De la tradition.—C'est l'acte par lequel une personne met une chose en la puissance et à la disposition d'une autre personne ; en un mot, c'est la transmission de la possession. On dit communément qu'elle transfère la propriété, quand elle sert à exécuter la convention de transférer la propriété d'une chose qui n'était pas individuellement déterminée (1).

---

(1) Quand je vous dois une certaine somme, la propriété des écus vous est transférée au moment où je vous paye. La tradition, en réalité, n'est que concomitante au transport de la propriété : car je pourrais très efficacement convenir avec vous que vous serez propriétaire de tel sac d'écus, sans vous en faire la tradition. De même quand je vous dois un cheval *in genere*, si vous consentez à recevoir tel cheval que j'ai dans mon écurie, vous voilà propriétaire avant toute tradition. Comp. M. Laurent, t. 16, nº 359. [[Voy. aussi *supra*, p. 249]].

[[Nous allons maintenant étudier l'un des modes d'acquérir, dans le titre 1er de ce livre III, où il est question des successions. Avant d'y passer, le législateur nous avertit que " quelques-uns " des sujets qui tombent sous l'intitulé du présent titre, se " trouvent incidemment compris dans les livres précédents " (art. 595). Il avait probablement en vue la rubrique du *livre* et non du *titre* (*a*). En effet, nous avons dit qu'il est traité, surtout dans le deuxième livre du code, de plusieurs modes d'acquérir qu'énumère l'article 583.]]

(*a*) Le texte anglais dit " *book.*"

TITRE PREMIER

DES SUCCESSIONS

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I. Observation préliminaire.—[[Ce titre est probablement celui qui a apporté le plus de modifications au droit ancien. A un système de transmission de biens que le droit coutumier avait rendu singulièrement compliqué, le législateur a substitué des règles très simples, qui, ne distinguant ni la nature ni l'origine des biens, les regardent tous comme composant une seule et unique hérédité. J'aurai pour devoir de mettre sous le regard du lecteur, et l'ancien système, et la nouvelle législation, car le code étant de date relativement récente, les praticiens rencontrent assez souvent des espèces qui sont régies par le droit coutumier et spécialement par la coutume de Paris. En même temps je devrai également—devoir que j'ai eu et que j'aurai à remplir presque à chaque page de cet ouvrage — comparer les dispositions de notre code avec celles du code Napoléon et signaler des différences de la plus haute portée. Je dois en même temps faire observer que le législateur a placé—à bon droit suivant moi—parmi ces dispositions générales, l'article le plus important de ce titre, l'article 599, qui déclare que la loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession, tandis que, dans le code Napoléon, cette disposition a trouvé sa place dans le chapitre troisième qui traite des divers ordres de succession. Force me sera donc d'intervertir l'ordre de Mourlon et de déplacer même bon nombre de ses pages. Tout l'avantage en restera au lecteur qui, tout en suivant l'ordre de notre code, profitera des explications si lumineuses de l'auteur des *Répétitions écrites*.]]

II. Définition de la succession.—Le mot *succession* a deux sens. Il désigne : 1° la transmission des droits actifs et passifs d'une personne décédée à une autre personne qu'on appelle *héritier* ; 2° L'ensemble des biens actifs ou passifs qui passent du défunt à son héritier : il est alors synonyme du mot *hérédité*.

[[Cette définition est, du reste, conforme à celle que le législateur nous donne de la succession dans l'article 596, qui n'existe

pas dans le code Napoléon. Cet article se lit comme suit :

596. " La succession est la transmission qui se fait par la loi " ou par la volonté de l'homme, à une ou plusieurs personnes " des biens, droits et obligations transmissibles d'un défunt.

" Dans une autre acception du mot, l'on entend aussi par " succession l'universalité des biens ainsi transmis."

Observons, cependant, que la succession ne s'ouvre pas seulement par la mort naturelle, elle s'ouvre encore par la mort civile (art. 601), idée que n'énonce pas suffisamment la définition de l'article 596.]]

III. Différentes espèces de successions.— 1° *Succession ab intestat et succession testamentaire.*—Les successions sont [[*ab intestat* (*a*)]] ou *testamentaires* : [[*ab intestat.*]] lorsque la loi fait le testament d'une personne décédée sans avoir désigné ses héritiers ; *testamentaires*, lorsque, avant de mourir, la personne décédée a pris soin de désigner elle-même ceux auxquels elle entend transmettre ses biens.

Les successeurs sont donc *légitimes*, c'est-à-dire désignés par la loi ; ou *testamentaires*, c'est-à-dire désignés par le *de cujus* (1).

[[L'article 597, également omis dans le code Napoléon, fait cette distinction en ces termes :

597. " L'on appelle succession *ab intestat* celle qui est déférée " par la loi seule, et succession testamentaire celle qui procède " de la volonté de l'homme. Ce n'est qu'à défaut de cette " dernière que la première a lieu.

" Les donations à cause de mort participent de la nature de " la succession testamentaire.

" Celui auquel l'une ou l'autre de ces successions est dévolue " est désigné sous le nom d'héritier."

Par donation à cause de mort, on entend les donations des biens que le donateur laissera à son décès. Ces donations sont nulles lorsqu'elles sont faites autrement que dans un contrat de mariage (art. 778, 817 et suiv.).

---

(1) La personne dont la succession est ouverte s'appelle *de cujus*, celui de la succession duquel il s'agit. On retranche, par abréviation, les mots : *successione agitur.*

(*a*) Mourlon se sert du mot *légitime* au lieu des mots *ab intestat*. Notre code ne se sert du mot *légitime* que pour indiquer la succession qui est dévolue aux parents, par opposition à celle qui se transmet aux successeurs irréguliers. L'expression *ab intestat* est empruntée au latin, *successio ab intestato*, c'est-à-dire la succession d'un homme décédé sans avoir fait un testament.

L'article 597 ajoute que celui auquel est dévolue une succession, soit *ab intestat*, soit testamentaire, est désigné sous le nom d'héritier. Le législateur, cependant, emploie le plus souvent le mot *héritier*, quand il s'agit de celui qui recueille une succession *ab intestat*, tandis qu'on donne le nom de *légataire* à celui qui est gratifié d'une succession testamentaire (*a*). Cependant, on ne saurait contester que le mot "héritier" a été souvent employé dans le sens large, comme comprenant tous les successeurs aux biens d'un défunt, témoins les articles 36-224, 225, 814. Quelquefois, on ajoute au mot "héritier," les mots "représentants légaux" ou "ayants droit," comme dans les articles 17, § 11, 98, 106. D'un autre côté, le mot "héritier" est employé dans le sens de l'héritier *ab intestat*, dans les articles 858 et 859 (*b*), et le doute est souvent écarté par l'expression "héritier légal," comme dans l'article 864. Je puis citer, comme distinguant l'héritier du légataire, les articles 735 à 744, 747, 865, 870, 874, 877 à 881, 885, 887 ; et, comme employant le mot "légataire," pour désigner l'héritier testamentaire, les articles 866, 868, 869, 871, 875, 891 (*c*).

On peut ajouter que, dans la pensée de la loi, l'héritier est celui qui représente le défunt, qui continue sa personne ; on ne peut en dire autant de ceux qui ne succèdent qu'à ses biens, même à titre universel, bien qu'ils exercent toutes ses actions.

2° *Succession légitime et succession irrégulière.* — "La succession *ab intestat* se subdivise," dit l'article 598, "en légitime, "qui est celle que la loi défère aux parents, et en succession "irrégulière quand, à défaut de parents, elle est dévolue à "quelqu'un qui ne l'est pas."

Ainsi, on compte des successeurs légitimes et des successeurs "irréguliers (*d*) Il y a des différences assez marquées entre les deux ; ainsi les successeurs légitimes sont saisis de la succession du *de cujus* de plein droit, les successeurs irréguliers, au contraire, doivent se faire envoyer en possession (art. 607).

(*a*) Dans l'ancien droit, si on voulait désigner le légataire sous le nom d'héritier, on y ajoutait généralement l'épithète *institué*. L'article 840 se sert également de l'expression *institution d'héritier*.

(*b*) C'est aussi le sens que j'ai donné à ce mot dans l'art. 93. Voy. mon tome I, p. 276.

(*c*) Ce sont là des exemples entre mille qui prouvent qu'il ne faut pas voir, dans le troisième alinéa de l'article 597, une règle d'interprétation invariable.

(*d*) Quelquefois on dit *héritier légitime*, dans le sens d'hériter *ab intestat*, par opposition aux *héritiers testamentaires*.

Il n'y a, dans notre droit, que deux successeurs irréguliers, le conjoint survivant et à son défaut la couronne. En France, les enfants naturels reconnus sont également successeurs irréguliers ; ils ne succèdent pas dans les successions *ab intestat* dans notre droit.

IV. Toutes les successions, quelle que soit leur nature ou l'origine des biens, sont régies par les mêmes règles. — Je dois maintenant expliquer la disposition la plus importante de ce titre, sous le rapport des changements apportés au droit ancien. Elle est en ces termes :

599. " La loi ne considère ni l'origine, ni la nature des biens " pour en régler la succession. Tous ensemble ils ne forment " qu'une seule et unique hérédité qui se transmet et se partage " d'après les mêmes règles, ou suivant qu'en a ordonné le pro-" priétaire " (*a*).]]

Dans notre ancienne jurisprudence, la dévolution des biens se réglait, au contraire, d'après leur nature et leur origine.

D'après *leur nature*, les biens étaient nobles et roturiers, meubles ou immeubles, et attribués, suivant ces distinctions, à tels ou tels héritiers.

D'après leur *origine*, les biens étaient *propres* et *acquêts*. On rangeait dans la classe des biens *propres* : 1° tous les biens que le *de cujus* avait reçus par succession légitime ; 2° les biens qu'il tenait, par donation ou legs, de l'un de ses parents en ligne directe. Tous les autres biens étaient *acquêts*. Les propres mobiliers étaient assimilés aux acquêts et régis comme eux.

Tels parents succédaient aux acquêts, qui ne succédaient pas aux propres, et réciproquement. Les acquêts et les propres

---

(*a*) Cet article, bien entendu, est de droit nouveau. L'article préparé par les codificateurs, comme énonçant la règle du droit ancien, se lisait comme suit :

" En fait de successions les biens se divisent :

1° " En biens meubles et en biens immeubles ;

2° " En propres et en acquêts ;

3° " En propres naissants et en propres anciens ;

4° " En propres paternels et propres maternels ;

5° " En propres de ligne et en propre sans ligne.

" Ces diverses espèces de biens sont sujettes à différentes règles qui " sont exposées ci-après dans le présent titre."

Jusqu'au mot " succession " inclusivement, l'article 599 est la copie textuelle de l'article 732 du code Napoléon, placé, je l'ai dit, dans le chapitre III de ce titre.

On trouvera une savante étude sur l'art. 599, par feu le juge T. J. J. Loranger, dans le tome 1[er] de la *Thémis*, pp. 22 et suiv.

mobiliers étaient, en général, attribués au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder. Les *propres* immobiliers étaient attribués aux parents de qui le *de cujus* les tenait, et, à défaut de l'auteur du propre, à ses parents.

Ainsi les propres venus au défunt du côté de son père retournaient aux parents paternels ; les propres venus au défunt du côté de sa mère retournaient aux parents maternels. De là la règle : *Paterna paternis, materna maternis*. C'est ce qu'on appelait la *fente*. — On ne s'en tenait pas là : après la fente venait la *refente*. Les propres paternels, attribués à la ligne du côté d'où ils étaient venus, se divisaient en deux parts : l'une pour les parents paternels de l'auteur du propre, l'autre pour ses parents maternels. Cette deuxième division faite, si le parent désigné dans chaque ligne pour succéder était prédécédé, les biens afférents à sa ligne étaient de nouveau divisés et attribués, partie à ses parents paternels, partie à ses parents maternels (1).

La règle *Paterna paternis, materna maternis*, était équitable dans son principe : car elle conservait à chaque famille les biens qui venaient d'elle, qu'elle avait mis dans le patrimoine du *de cujus*. Mais elle était funeste dans son application : car elle donnait lieu à des questions de généalogie d'une difficulté inextricable.

La théorie romaine était, au temps de Justinien, beaucoup moins compliquée : tous les biens laissés par le défunt composaient une seule masse, qui était attribuée au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder (2). Ce système, d'une grande simplicité dans son application, pouvait être injuste dans ses résultats : car souvent il arrivait que tout un patrimoine passait d'une famille dans une autre. Exemple : *Primus*, qui a succédé à son père, et dont le patrimoine ne se compose que des biens qu'il a recueillis comme héritier de son père, meurt laissant un collatéral *paternel* et un collatéral *maternel plus proche* : c'est le parent maternel qui succède, qui acquiert tous les biens que la famille paternelle avait mis dans le patrimoine du *de cujus*.

Placé entre ces deux écueils, le Code a imaginé un système qui tient le milieu entre les systèmes opposés de notre ancien droit et du droit romain. Il ne distingue ni la *nature* ni l'*origine* des biens pour en régler la dévolution : tous ceux que

---

(1) Voy. notamment Pothier, *Successions*, chap. II, sect. III, art. 4.

(2) Novelle 118.

laisse le défunt sont compris dans une même masse, sans distinguer ni d'où ils viennent (1) ni de quelle nature ils sont ; mais, au lieu de l'attribuer exclusivement au parent le plus proche dans l'ordre appelé à succéder, il la divise, [[mais seulement pour certaines successions, dans notre droit,]] en deux parts égales, dont l'une est attribuée à la ligne paternelle et l'autre à la ligne maternelle. Les biens provenant d'une ligne pourront bien encore passer dans l'autre ligne, mais ils n'y passeront pas en totalité : la ligne d'où ils viennent n'en perdra que la moitié.

On voit que le code a établi un système de *fente* qu'il ne faut pas confondre avec la règle *Paterna paternis, materna maternis.* Suivant cette règle, chaque bien provenant d'une ligne retournait *en totalité* à cette ligne ; aujourd'hui, la *moitié* de tous les biens est, [[pour certaines successions,]] attribuée à chaque ligne. La règle *Paterna paternis, materna maternis*, a donc été remplacée par celle-ci : *Dimidium paternis, dimidium maternis* (2).

Quant à la *refente*, il n'en existe plus aucun vestige. Les biens attribués à chaque ligne ne se divisent plus : ils appartiennent exclusivement au parent paternel ou maternel le plus proche dans chaque ligne, sauf le cas de représentation. Exemple : Je laisse des parents *paternels* et parents *maternels* de mon père ; ces parents sont tous, par rapport à moi, des parents *paternels* : la portion attribuée à ma ligne *paternelle* ne se partage pas en deux parts nouvelles, l'une pour les parents paternels de mon père, l'autre pour ses parents maternels ; elle est, en totalité, recueillie par mon parent paternel le plus proche.

[[Nos codificateurs ont suivi, dans ses grandes lignes, le même système que le code Napoléon (*a*), et la modification qu'ils ont proposé de faire au droit ancien a été accueillie par la législature. Nous aurons l'occasion de constater en détail les changements qui découlent du principe de l'article 599.

Cet article dit également que l'hérédité se transmet " suivant " qu'en a ordonné le propriétaire." Les codificateurs ajoutaient, après le mot " propriétaire," les mots : " dont les pouvoirs à " cette fin sont sans limitation ni réserve." Leur intention était de donner expression au principe de la liberté illimitée

---

(1) Il existe cependant, [[dans notre droit, un cas]] où le code a égard à l'*origine* des biens pour en régler la dévolution (voy. l'art. 630).

(2) Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 597 *bis*, p. 304, note 1.

(*a*) J'aurai l'occasion de le prouver dans le chapitre III, section I.

de tester, mais la législature a cru sans doute que ce principe était consacré d'une manière assez formelle par l'article 831, et les mots que j'ai cités ne font pas partie de notre article.]]

CHAPITRE PREMIER.—De l'ouverture des successions et de la saisine des héritiers.

Section première. — De l'ouverture des successions.

I. Lieu de l'ouverture de la succession. — [[Il est naturel que la succession s'ouvre dans l'endroit où le défunt avait son domicile. C'est là que se trouvait son principal établissement, le siège de ses affaires (art. 79), c'est donc là que sa personnalité civile se continuera après sa mort dans la personne de ses héritiers, et que ses créanciers se pourvoiront pour le paiement de leurs réclamations.

L'article 600 porte donc que " le lieu où la succession s'ouvre " est déterminé par le domicile " (*a*). Une conséquence pratique de ce principe, c'est que les poursuites relatives à la succession devront s'intenter devant le tribunal de ce domicile, sauf le cas où la succession s'ouvre en dehors de la province, et alors la compétence appartient au tribunal du lieu de la situation des biens ou à celui du domicile de l'un des défendeurs (*b*).

II. Causes de l'ouverture des successions. — Il y a deux événements, d'après l'article 601, qui amènent l'ouverture des successions : la mort naturelle et la mort civile. " Les succes- " sions, " dit cet article," s'ouvrent par la mort naturelle, et " aussi par la mort civile " (*c*).

L'article 36, § 1, à première vue, paraît contredire cette disposition. Il porte que la personne morte civilement " ne " peut recueillir ni *transmettre* à titre de succession." Cependant, il est clair qu'il s'agit là d'une transmission après la mort civile, et la raison que le mort civilement ne peut transmettre, c'est qu'il ne possède rien, et que, par l'effet de sa

---

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 110 du code Napoléon, au titre du domicile.

(*b*) Article 39 C. P. C.

(*c*) C'est la copie de l'article 718 du code Napoléon.

mort civile, sa succession s'est ouverte au moment même de cette mort, et que ses biens ont été, ou transmis à ses héritiers, ou confisqués au profit du souverain (*a*).

Les codificateurs avaient ajouté à l'article 601, les mots : " dans le cas où elle n'entraîne pas la confiscation des biens ", mais ces mots ont été retranchés par la législature. En effet, la confiscation des biens n'empêche pas l'ouverture de la succession du condamné, mais cette succession se trouvera sans biens lorsque la couronne se prévaudra du droit de confiscation que lui accorde l'article 35, dans le cas d'une condamnation à mort ou à la détention perpétuelle. Il importe dans tous les cas qu'il y ait un continuateur de la personne du mort civilement.

Les biens qui seraient dévolus au mort civilement vont, dans les successions directes, à ses descendants qui les reçoivent à sa place en vertu de la fiction légale de la représentation (art. 624). Dans les successions collatérales, sauf le cas où la représentation est admise (voy. l'article 622), la succession est tout entière dévolue aux autres héritiers.

On peut se demander si la succession testamentaire s'ouvrira par la mort civile. Dans le cas du condamné, le législateur a répondu négativement à cette question. En effet, l'article 835 porte que le testament fait antérieurement à la sentence de condamnation emportant mort civile est sans effet si le testateur décède sous l'effet de cette sentence. Dans les autres cas de mort civile je ne vois pas de difficulté à décider que la succession sera ouverte, car telle est la portée de l'article 36, § 8.

L'article 602 ajoute que " la succession est ouverte par la " mort civile du moment où cette mort est encourue " (*b*).

J'ai dit ailleurs que la mort civile est asismilée à la mort naturelle. Elle a, comme celle-ci, l'effet de saisir le vif. D'ailleurs, aux termes du paragraphe 8 de l'article 36, le conjoint et les héritiers du mort civilement peuvent exercer respectivement, de ce moment, les droits et actions auxquels sa mort naturelle donnerait lieu, sauf les gains de survie auxquels la mort civile ne donne ouverture que lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage.

Dans le cas d'un condamné, la remise de la peine n'affecterait pas l'ouverture de la succession ; elle rendrait la vie civile

---

(*a*) C'est ce que j'ai expliqué en mon tome 1er, p. 156.

(*b*) Voy., au même effet, l'article 37,

au condamné, mais sans effet rétroactif, à moins d'un acte du parlement qui comporterait cet effet (art. 38).

Je n'ai pas besoin d'insister sur ces questions qui ont été traitées ailleurs (*a*).]]

III. Temps de l'ouverture de la succession. — Pour succéder à une personne, il faut, avant tout, exister au moment de l'ouverture de la succession. Ceux qui, à cette époque. sont déjà morts, ou qui ne sont pas encore conçus, ne succèdent point.

Il importe donc de préciser avec soin le moment où s'ouvre la succession : en l'avançant ou en le reculant d'une heure seulement, on peut déplacer la dévolution des biens.

— La succession d'une personne s'ouvre à sa mort.

L'instant de la mort peut être constaté par l'acte de décès. Toutefois, il est permis d'établir : 1° que la déclaration qui a été faite à l'officier de l'état civil de l'heure du décès est mensongère ou inexacte ; 2° que l'officier a mentionné une heure autre que celle qui lui a été déclarée. Pour faire cette preuve, il n'est même pas nécessaire de s'inscrire en faux. Dans le premier cas, en effet, on attaque, non pas le témoignage de l'officier public, mais la déclaration des comparants, qui n'ont aucun caractère public. Dans le deuxième, la mention, quoique faite par [[l'officier de l'état civil,]] n'émane pas d'un officier public : car, la loi ne l'ayant pas chargé de mentionner l'heure du décès, toute déclaration qu'il fait à cet égard n'est et ne peut être que l'œuvre d'un simple particulier. — Si l'acte de décès eût fait foi, jusqu'à inscription de faux, de l'heure du décès, la loi eût laissé aux officiers publics un pouvoir dangereux : car, ainsi que nous l'avons dit, on peut, en avançant ou en reculant l'heure du décès, changer l'ordre légal des successions (*b*).

(*a*) Voy. mon tome 1er, pp. 153 et suiv.

(*b*) La loi n'exige pas la mention de l'*heure* de la mort ; elle ne demande que l'énonciation du *jour* (art. 67). Je ne crois pas que l'énonciation de l'heure soit précisément étrangère au but de l'acte, mais ce n'est pas là un des faits que les comparants doivent déclarer (art. 39) et, partant, cette énonciation n'aura pas l'authenticité des autres déclarations exigées par la loi. Je n'ai pas cru devoir adopter la distinction que de graves autorités en France font entre les faits que l'officier de l'état civil constate *de visu* et ceux qu'il constate par la déclaration des comparants (voy. mon tome 1er, p. 189), et en conséquence j'ai quelque peu changé le texte de Mourlon, mais ici il s'agit d'un fait dont la déclaration n'est pas exigée ; il ne peut donc être question, pour celui qui le dénie, de recourir à l'inscription en faux.

Ainsi, la mention de l'heure sur les actes de décès pourra être combattue et détruite par les voies ordinaires.

Si l'acte de décès ne fait pas mention de l'heure du décès, ou s'il n'existe pas de régistre dans [[l'endroit]].où le *de cujus* est décédé, le moment de la mort peut être alors prouvé tant par titre que par témoins (art. 51).

La déclaration d'absence n'ouvre pas la succession de l'absent. Il est vrai que ceux de ses parents qui étaient ses héritiers présomptifs au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles sont autorisés à se faire envoyer en possession de ses biens ; mais cet état de choses n'est que *provisoire*. Si l'on découvre plus tard l'époque véritable du décès de l'absent, c'est à cette époque qu'il faudra se placer pour régler la dévolution de ses biens. — Toutefois, si son décès n'est jamais constaté, l'absence déclarée est, *de fait*, une cause d'ouverture de la succession : la loi présume alors qu'il est mort le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (voy., au t. 1er, pp. 296 et suiv.).

Lorsque deux personnes appelées à se succéder *réciproquement* périssent dans un même événement, il importe de fixer avec précision le moment de leur décès : car celle des deux qui sera décédée la dernière, ayant succédé à l'autre, se trouvera avoir transmis à ses propres héritiers, confondue dans la sienne, la succession de son comourant. Je prends une espèce. Deux frères, *Primús* et *Secundus*, mariés tous deux, n'ont aucun autre parent au degré successible ; ils périssent dans un incendie. *Primus* est-il mort le premier : la femme de *Secundus* a succédé à son mari, et, du chef de son mari, à *Primus*. Est-ce *Secundus* qui est décédé le premier : la femme de *Primus* a succédé à son mari, et, du chef de son mari, à *Secundus*.

On conçoit l'embarras de la loi !

Elle s'est tirée d'affaire au moyen de certaines *présomptions* fondées sur l'âge et le sexe des *commorientes* (*a*). Mais le juge n'y doit recourir qu'*à défaut* de toute autre espèce de preuves. Ces autres espèces de preuves peuvent résulter : 1° de vérifica-

---

(*a*) L'article 603, qui reproduit en substance la disposition de l'article 720 du code Napoléon, est en ces termes :

603. " Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession " l'une de l'autre, périssent dans un même événement sans que l'on " puisse établir laquelle est décédée la première, la présomption de survie " est déterminée par les circonstances, et, à leur défaut, d'après l'âge et " le sexe, conformément aux règles contenues aux articles suivants."

tions matérielles ; 2° du témoignage des personnes qui ont été témoins de l'événement ; 3° des circonstances qui l'ont précédé, suivi ou accompagné.

1° *Vérifications matérielles* .. Les médecins peuvent, en effet, reconnaître, par l'inspection des corps et l'examen attentif des blessures, lequel des comourants est décédé le premier.

2° *Témoignage*... Des personnes ont pu être témoins de l'événement et voir l'un des comourants déjà mort lorsque l'autre luttait encore.

3° *Circonstances du fait*... Les circonstances peuvent, en effet, conduire, par une induction naturelle et logique, à la découverte de la vérité. Ainsi, tous les membres d'une même famille ayant été assassinés pendant une nuit, on décida, dans notre ancienne jurisprudence, que les enfants avaient dû survivre, parce qu'il y avait lieu de présumer que les assassins, dans un intérêt de sécurité, avaient dû s'attaquer d'abord au chef de la famille (1). De même, lorsque deux soldats ont péri dans une même bataille et qu'il est établi que l'un était à l'avant-garde, tandis que l'autre était à l'arrière-garde, on doit naturellement présumer que celui-ci a survécu au premier.

Lorsque ces moyens de preuve manquent absolument, *alors, mais alors seulement*, le juge peut et doit recourir aux présomptions de la loi.

[[Ces présomptions sont énoncées par les articles 604 et 605 en ces termes :

604. " Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de " quinze ans, le plus âgé est présumé avoir survécu.

" S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, c'est le moins " âgé qui est présumé avoir survécu.

" S'ils avaient les uns moins de quinze ans et les autres " plus de soixante, les premiers sont présumés avoir survécu.

" Si les uns étaient au-dessous de quinze ans ou au-dessus " de soixante et les autres dans l'âge intermédiaire, la pré- " somption de survie est en faveur de ces derniers.

605. " Si ceux qui ont ainsi péri étaient tous dans l'âge " intermédiaire entre quinze et soixante ans accomplis, l'on " suit, s'ils étaient du même sexe, l'ordre de la nature, d'après " lequel c'est ordinairement le plus jeune qui survit au plus âgé.

" Mais s'ils étaient de sexe différent, le mâle est toujours " présumé avoir survécu " (*a*).

---

(1) Pothier, *Successions*, chap. III, sect. I, § 1 ; M. Laurent, t. 8 n° 515.

(*a*) L'article 604, sauf le dernier paragraphe, est conforme à l'article 721 du code Napoléon ; le dernier paragraphe a été omis dans ce code,

La vie humaine a [[donc]] été partagée en trois périodes :

La première commence à la naissance et finit à quinze ans révolus. C'est l'état de faiblesse. Comme dans cette période les forces vont toujours en croissant, le plus âgé est habituellement le plus fort : la loi en conclut que le plus âgé des comourants a dû lutter le plus longtemps contre la même force physique qui a occasionné leur mort : il est donc présumé avoir survécu.

La seconde commence à quinze ans révolus et finit à soixante ans également révolus. La différence d'âge n'établissant pas, pendant cette période, une différence de force assez marquée pour qu'on y ait égard, la loi a dû s'attacher, pour résoudre la question de survie, aux lois naturelles ; or, comme le plus vieux meurt ordinairement avant le plus jeune, celui-ci est réputé avoir survécu. [[Ajoutons que, d'après notre code comme selon la doctrine française, ceux qui sont dans cette seconde période sont censés avoir survécu à ceux qui sont dans la première et la troisième périodes, c'est-à-dire à ceux qui ont moins de quinze ans ou plus de soixante. Ils sont plus forts que les premiers et moins faibles que les autres.]]—Toutefois, l'homme étant physiquement et moralement plus fort que la femme, la la loi en conclut que, si les comourants sont de sexe différent [[quel que soit d'ailleurs leur âge, pourvu cependant qu'ils soient dans la deuxième période de la vie,]] le mâle a dû lutter le plus longtemps : c'est donc lui qui sera présumé avoir survécu. — La loi ne tient aucun compte de la différence de *sexe* lorsque les comourants sont, l'un et l'autre, âgés de moins de quinze ans ou de plus de soixante.

La troisième période commence à soixante ans révolus. Pendant cette période, les forces, au lieu d'aller en croissant,

---

mais la doctrine l'enseigne, de sorte que tout l'article 604 est conformé au droit français moderne.

L'article 605, au contraire, diffère essentiellement de l'article 722 du code Napoléon. Ce dernier article dit que " si ceux qui ont péri ensemble " avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours " présumé avoir survécu, *lorsqu'il y a égalité d'âge ou si la différence qui* " *existe n'excède pas une année.* — S'ils étaient du même sexe, la pré- " somption de survie qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de " la nature doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir sur- " vécu au plus âgé." Dans notre droit, le mâle est toujours présumé avoir survécu. Ainsi, un jeune homme de seize ans sera censé avoir survécu à une femme de quarante à cinquante ans ; ce n'est qu'entre personnes du même sexe que la considération de l'âge a du poids. En retranchant de l'article 722 du code Napoléon les mots que j'ai soulignés, les deux dispositions énonceraient la même idée.

vont chaque jour s'affaiblissant : la loi en conclut que le plus jeune est le plus fort. Ainsi, entre comourants âgés de plus de soixante ans, le moins âgé est réputé avoir survécu.

Des deux comourants, l'un avait moins de quinze ans et l'autre plus de soixante : lequel des deux a survécu ? La loi a prévu le cas. L'enfant et le vieillard étant l'un et l'autre dans un état de faiblesse à peu de choses près égal, elle a tranché la difficulté par les considérations que fournit l'ordre naturel : le plus jeune est réputé avoir survécu. Souvent, il est vrai, cette présomption aura quelque chose de choquant : il est, en effet, peu probable qu'un enfant de quelques jours ait lutté plus longtemps qu'un vieillard de soixante ans contre la force des flots ou contre l'incendie qui a occasionné leur mort : mais il n'est pas de présomption qui, poussée à ses dernières limites, ne touche à l'invraisemblance.

—Que décider enfin si les comourants sont frères jumeaux ?

Le plus grand âge entre jumeaux se détermine, non par l'époque mystérieuse de la conception, mais par celle de la naissance. Celui-là est donc le plus âgé, *l'aîné*, qui est né le premier, *ante natus*. — Cela posé, nous disons : Celui qui a survécu, c'est le plus âgé (le premier né), s'ils sont morts pendant la première période de la vie ; c'est le plus jeune (le dernier né), s'ils sont morts dans la seconde ou dans la troisième.

Mais que décider lorsque leur acte de naissance ne dit point lequel est né le premier, et qu'il n'existe aucune preuve de la priorité de naissance ? S'il est établi d'une part, que l'un d'eux était dans toute sa force, tandis que l'autre était malade ou convalescent, que l'un était très robuste et l'autre très faible, et, d'autre part, qu'ils ont dû lutter plus ou moins longtemps contre la même force physique qui a occasionné leur mort, ces circonstances peuvent être prises en considération, non pas à titre de présomptions légales *obligatoires* pour le juge, mais comme simples présomptions de fait abandonnées à son appréciation.

S'ils étaient de force égale, ou si l'on ne sait pas lequel était le plus fort, ou enfin, si leur mort a été si instantanée qu'aucune lutte n'ait été possible, par exemple, s'ils ont été tués par un même coup de foudre, la question de survie ne pouvant être résolue ni par les circonstances ni par les présomptions de la loi, force est bien de les réputer morts en même temps : *non videtur alter alteri supervixisse cùm simul decesserint.* Dès lors, aucun d'eux n'a succédé, puisqu'aucun d'eux n'a survécu.

La succession de l'un et de l'autre doit donc être réglée comme elle le serait s'il n'existait pas de frère. Ainsi, en reprenant l'espèce posée comme ci-dessus, p. 261, les femmes des deux frères succèdent, chacune de son côté, à son mari. La veuve de *Primus* ne peut pas prétendre à la succession de *Secundus*, ni la veuve de *Secundus* à celle de *Primus*, puisque ni l'une ni l'autre ne peut prouver que son mari a survécu. Ce n'est, au reste, qu'une application du droit commun : celui qui réclame une succession du chef d'une autre personne à laquelle il a succédé doit, en effet, prouver que cette personne dont il est l'héritier existait au moment où s'est ouverte la succession qu'il réclame ; à défaut de cette preuve, sa demande n'est pas recevable (art. 104).

Les presomptions légales que nous venons d'étudier sont-elles applicables aux successions *testamentaires?* Ainsi *Primus* institue pour légataire universel *Secundus*, qui, de son côté, l'a choisi comme légataire universel : ils sont appelés à se succéder *réciproquement*. S'ils périssent dans un même événement, la question de survie peut-elle, à défaut de circonstances de fait, être résolue au moyen des présomptions établies par les articles 604 et 605 ? La négative est aujourd'hui universellement admise. Les présomptions dont il s'agit sont placées au titre *Des successions ab intestat*, et, en matière de présomptions, il ne faut pas raisonner par analogie : les preuves légales, étant de droit étroit, ne peuvent être appliquées qu'aux cas pour lesquels elles ont été spécialement établies (art. 1239). L'analogie dans l'espèce est d'ailleurs très contestable. Les successions testamentaires enlèvent à la famille ses légitimes espérances : aussi sont-elles vues avec défaveur. On conçoit donc que le législateur ait laissé sous l'application du principe général établi par l'article 104 la dévolution des biens par testament, toutes les fois qu'il ne peut pas être établi, par les circonstances du fait, lequel des deux testateurs a survécu. Tous deux sont réputés morts en même temps ; aucun d'eux n'a succédé à l'autre, parce qu'aucun d'eux n'a survécu ; les legs faits par eux sont caducs, et leurs biens sont dévolus à ceux que la loi préfère, c'est-à-dire à leurs parents (1).

[[La cour de révision, à Montréal, en est venue à la même conclusion dans la cause de *Busby* v. *Ford* (R. J. Q., 3 C. S.

(1) Voy. notamment MM. Aubry et Rau, t. 1er, § 53, p. 183, note 13 ; M. Laurent, t. 8, nº 522.

p. 270). L'espèce dans laquelle l'arrêt a été rendu était assez singulière.

Tout en admettant cette doctrine et en limitant ces présomptions aux successions *ab intestat*, on décide, en France, que le droit d'invoquer les présomptions de survie n'appartient pas seulement aux héritiers, mais aux autres parties intéressées, comme les donataires, légataires, créanciers. Sirey et Gilbert, sur les art. 720-722 C. N, n° 10.]]

Quid, si les comourants ne sont pas appelés à se succéder *réciproquement* ? L'article 603 suppose l'hypothèse inverse; mais est-il exclusif ? Soient trois cousins germains : *Primus, Secundus* et *Tertius ; Primus* a des enfants, et *Secundus* n'a aucun parent plus proche que ses cousins. *Primus* et *Secundus* ne sont donc pas appelés à se succéder *réciproquement* : car, si *Primus* prédécède, ce sont ses enfants qui lui succéderont, tandis qu'il succédera pour moitié à *Secundus* s'il lui survit.—Si *Primus* et *Secundus* périssent dans un même événement, la question de survie peut-elle être décidée au moyen de nos présomptions légales ? L'affirmative compte un certain nombre de partisans. La négative me semble cependant préférable. Il s'agit ici de présomptions légales, et l'on ne peut, en cette matière, admettre d'analogie ; tout y est de droit étroit. Dès qu'on est en dehors des cas textuellement prévus, il faut, de toute nécessité, rentrer dans le droit commun ; or, suivant le droit commun, les enfants de *Primus* ne peuvent prétendre à la succession de *Secundus* qu'à la condition de prouver que leur père lui a survécu (art. 104). Dans l'espèce, la survie de *Primus* n'étant pas établie, la succession de *Secundus* doit être réglée comme si *Primus* n'avait jamais existé : ainsi elle appartient exclusivement à *Tertius*.

Enfin on s'est demandé si nos présomptions légales s'appliquent au cas où les comourants sont morts, non *dans le même événement*, mais *le même jour* ? Ma doctrine ne varie pas. Nous sommes en dehors du cas spécialement prévu par l'article 603 : dès lors les présomptions qu'il introduit cessent d'être applicables. D'ailleurs, il n'existe pas d'analogie entre cette espèce et celle que prévoit la loi : qu'importe, en effet, qu'il y ait ou non, entre les comourants, des différences d'âge ou de sexe, ou que l'un d'eux ait été plus fort que l'autre, si la force physique contre laquelle ils ont eu à lutter n'est pas la même (*a*) ?

(*a*) Sirey et Gilbert, sur les art. 720-722, n° 2 *bis*, citent un arrêt qui aurait jugé que ces présomptions ne s'appliquent pas au cas où plusieurs

Cette décision est universellement admise. Mais, à côté de la présomption qu'on écarte, on en place une autre. A défaut de toute espèce de preuve, il faut, dit-on, s'en tenir à l'ordre naturel des décès : ainsi le plus jeune des comourants sera réputé avoir survécu. On cite à l'appui de ce système, la loi du 21 prairial, an IV, qui décide formellement qu'entre personnes exécutées le même jour, la plus jeune est réputée avoir survécu, lorsqu'il n'existe aucun procès-verbal des exécutions, ni aucun autre moyen de résoudre la question de survie.

Ce système ne me semble pas logique ; il crée une présomption qui n'est pas dans la loi. L'argument d'analogie tiré de la loi de prairial n'est pas concluant [[et, du reste, cet argument ne peut être invoqué dans notre droit.]] Lorsque deux personnes ont été exécutées le même jour, il est certain que l'une d'elles a été exécutée la première ; que l'une d'elles, par conséquent,a survécu à l'autre. Dès lors, on ne pouvait pas admettre qu'elles sont mortes et que leurs successions se sont ouvertes en même temps : c'eût été se placer ouvertement en dehors de la vérité. Dans notre hypothèse, au contraire, il est possible que les deux successions se soient ouvertes au même instant et que, par suite, aucun des comourants n'ait succédé à l'autre.

En résumé, toutes les fois que la question de survie ne peut pas être résolue, soit parce que les circonstances du fait manquent absolument, soit parce que les présomptions de la loi ne s'appliquent pas à l'espèce qui fait l'objet du procès, les comourants sont présumés morts au même instant : en conséquence la succession de chacun d'eux doit être réglée comme elle le serait si son comourant n'avait jamais existé.

---

personnes ont été assassinées successivement, le même jour et dans la même maison, par le même individu. On peut citer, à l'appui de cette doctrine, l'arrêt rendu dans l'espèce rapportée plus haut, p. 262, de l'ancienne jurisprudence (voy. Pothier, *Successions*, chap. III, sect. I, § I), du massacre de la fille de Dumoulin et de ses enfants. En effet, il ne s'agissait pas là d'appliquer les présomptions légales de survie ; on a déterminé la question de la survie par les circonstances du fait, et on a décidé que la mère avait été assassinée avant ses enfants, âgés respectivement de vingt-deux mois et de 8 ans, parce que les voleurs avaient intérêt à se débarrasser d'abord de la mère.

Section II. — Des différentes classes de successeurs ab intestat et de la saisine des héritiers (*a*).

§ I. — *Des différentes classes de successeurs.*

[[Les successeurs *ab intestat* sont ou légitimes ou irréguliers ; c'est ce que déclare l'article 598.

L'article 606 ajoutent que " les successions *ab intestat* sont " déférées aux héritiers légitimes dans l'ordre réglée par la loi ; " à défaut de tels héritiers elles sont dévolues à l'époux survi- " vant, et s'il n'y en a pas, elles passent au souverain."

Cet article diffère de l'article 723 du code Napoléon, en ce que ce dernier article reconnaît une autre classe de successeurs irréguliers, les enfants naturels. C'était là une innovation au droit ancien, dont notre article 606 est la fidèle expression.

L'article 607 fait voir la différence qui existe entre ces deux classes de successeurs. " Les héritiers légitimes, lorsqu'ils suc- " cèdent, sont saisis de plein droit des biens, droits et actions " du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de " la succession ; mais l'époux survivant et le souverain doivent " se faire envoyer en possession par justice dans les formes " indiquées au code de procédure civile."

L'article 724 du code Napoléon est au même effet, sauf qu'il mentionne les enfants naturels.]]

Il importe, sous trois rapports différents, de distinguer les héritiers *légitimes* des successeurs *irréguliers*.

1 Les héritiers *légitimes* continuent la personne du défunt : ils sont donc tenus de ses dettes comme il en était tenu lui-même, c'est-à-dire *in infinitum*. C'est ce qu'on exprime en disant qu'ils sont tenus des dettes *ultra vires successionis*. Et non seulement ils payent *in infinitum* toutes les dettes dont le défunt était tenu, mais la loi met encore à leur compte certaines dettes qui sont nées depuis l'ouverture de la succession, telles que les frais mortuaires, les frais de scellés et d'inventaire. C'est ce que l'article 607 indique en disant qu'ils sont tenus de toutes les *charges* de la succession. — Les successeurs *irréguliers* succèdent aux biens ; mais ils ne continuent pas la personne du défunt. S'ils doivent payer ses dettes, c'est parce

(*a*) Cette section dans le code porte la rubrique : *De la saisine des héritiers* ; j'ai rendu la rubrique un peu plus détaillée, afin d'indiquer les deux sujets qui sont traités.

qu'ils détiennent l'universalité de ses biens, et qu'il est de principe que toute masse de biens est grevée de l'universalité des dettes de celui à qui elle appartient : *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno.* Aussi, n'en sont-ils tenus que dans la limite des biens qu'ils recueillent. On exprime cette idée en disant qu'ils sont tenus des dettes et charges *intra vires successionis.*

2° Les héritiers *légitimes* ne peuvent pas se soustraire à l'action des créanciers en leur offrant l'abandon des biens laissés par le défunt, car le défunt ne l'aurait pas pu lui-même. Ils sont comme lui obligés *personnellement*, et ceux qui sont tenus à ce titre le sont sur tous leurs biens sans distinction (art. 1980). — Les successeurs *irréguliers*, au contraire, jouissent de cette faculté. Ce n'est pas, en effet, comme obligés *personnels* qu'ils sont tenus, parce qu'ils ne continuent pas la personne du défunt : ils sont tenus parce qu'ils détiennent la masse des biens grevée de la masse des dettes ; or, c'est un principe général que ceux qui sont tenus *propter rem* seulement, c'est-à-dire à l'occasion d'une chose qu'ils détiennent, peuvent se soustraire à toute poursuite en abandonnant cette chose aux créanciers (art. 2075) (1).

Au reste, ces différences ne sont pas essentielles. Nous verrons, en effet, que l'héritier légitime qui accepte *sous bénéfice d'inventaire* n'est tenu des dettes qu'*intra vires successionis* (art. 671) (*a*).

3° Les héritiers *légitimes* ont une *saisine* que n'ont pas les successeurs *irréguliers.*

§ II. — *De la saisine.*

La *saisine* est, en principe, une disposition de la loi en vertu de laquelle les droits et les dettes d'un défunt passent, *dès*

(1) Ces différences sont généralement admises.—M. Demolombe ne les accepte pas. La saisine *judiciaire* produit, suivant lui, dans la personne des successeurs irréguliers, tous les effets que la saisine *légale* produit dans la personne des héritiers légitimes. Il en conclut qu'une fois envoyés en possession, leur condition est absolument semblable à celle des héritiers légitimes (*Traité des successions*, t. 1, n°s 80, 132 *bis*, 160 ; t. 2, n°s 45, 138 et 258 ; t. 3, n°s 115 et suiv. ; t. 5, n°s 37 et suiv. ; ce sont les tomes 13, 14, 15 et 17 de la collection). Voy. la réfutation dans MM. Aubry et Rau, t. 6, § 639, p. 706, note 23, [[et dans le sens de l'opinion exprimée par Mourlon, M. Baudry-Lacantinerie, n° 31.]]

(*a*) La faculté que l'article 802 du code Napoléon accorde à l'héritier sous bénéfice d'inventaire de faire abandon des biens qu'il a reçus de la succession, a été expressément repoussée par les codificateurs.

l'instant de sa mort, de sa personne dans celle de ses héritiers, qui les acquièrent *ipso jure*, sans qu'ils aient besoin de manifester à cet effet aucune volonté, et même *à leur insu*. C'est, en d'autres termes, une investiture *légale* et *instantanée* des droits actifs et passifs du défunt.

I. De la saisine quant aux héritiers légitimes. — L'héritier légitime acquiert la succession dès qu'elle est ouverte, avant même qu'il sache qu'elle est ouverte ; il est *saisi de plein droit*, dit l'article 607. C'est la reproduction de l'ancienne maxime : *Le mort saisit le vif son hoir plus proche et habile à succéder* (a). *Le mort*, c'est-à-dire celui dont la succession est ouverte ; *saisit*, c'est-à-dire est réputé mettre en possession de tous ses biens ; *le vif son hoir plus proche*, c'est-à-dire celui qui, en sa qualité de parent le plus proche, est habile à lui succéder (1).

Mais la saisine n'est pas *irrévocable* ; elle peut être détruite par une renonciation. C'est l'application de cette autre maxime de notre ancien droit : *Nul n'est héritier qui ne veut* (art. 652). L'héritier est saisi *instantanément*, mais il ne l'est pas *irrévocablement* ; il acquiert l'hérédité à son insu, *ignorans*, mais il ne la conserve pas malgré lui, *invitus*.

Ainsi, dès que la succession est ouverte, l'héritier est : 1° propriétaire, 2° possesseur, 3° créancier, 4° débiteur, de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, possesseur,

---

(1) La saisine fut introduite pour soustraire la propriété aux exigences féodales. On sait que les seigneurs prétendaient qu'ils avaient été, dan l'origine, propriétaires de tous les biens situés dans le territoire de leur seigneurie, et qu'ils en avaient conservé le domaine direct après en avoir aliéné la propriété en les inféodant. De là les feudistes avaient conclu que le vassal était censé remettre, en mourant, la saisine ou la possession de ses biens à son seigneur ; qu'en conséquence ses héritiers devaient demander à celui-ci la délivrance de la succession, et payer, pour l'obtenir, les droits de *relief* pour les fiefs, et de *rachat* ou de *saisine* pour les héritages de roture. C'est pour échapper au payement de ces droits que les légistes imaginèrent une fiction destructive de la fiction seigneuriale, et en vertu de laquelle le vassal décédé était censé avoir lui-même, au moment de sa mort, mis ses héritiers en possession de sa succession, ce qui les dispensait de l'obligation d'en demander la délivrance au seigneur. " Comme ces droits de relief ou de saisine étaient odieux, dit de Laurière, on introduisit que toute personne décédée serait réputée avoir remis, en mourant, la possession de ses biens entre les mains de son plus proche parent, habile à lui succéder, et non entre les mains d'aucune autre personne ; d'où est venue la règle : *Le mort saisit le vif*."

Voy. M. de Valroger, *Revue de dr. franç. et étr.*, t. 7, p. 108 et suiv.

(a) Cette maxime est tirée de l'article 318 de la coutume de Paris.

créancier ou débiteur. Il n'est pas seulement saisi des *droits* actifs et passifs du défunt ; il l'est aussi, l'article 607 le dit formellement, *de ses actions*, c'est-à-dire, de l'*exercice* actif et passif de ces mêmes droits. L'investiture est aussi complète qu'instantanée.

Du principe qu'il est *saisi*, IPSO JURE, *des droits et des dettes du défunt*, il résulte : 1° qu'il acquiert la succession, *encore qu'il soit mineur ou interdit ;* 2° qu'il l'a transmet, confondue dans la sienne, encore qu'il n'ait survécu qu'un seul instant de raison au *de cujus*.

Du principe qu'il est *saisi*, IPSO JURE, *des actions*, c'est-à-dire de l'*exercice* actif ou passif des droits et des dettes du défunt, il résulte qu'il peut, dès le moment même de l'ouverture de la succession, actionner soit les débiteurs du défunt, soit les détenteurs des biens héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers de la succession ; tout ce qui est relatif à l'exercice des droits actifs ou passifs du défunt suit son cours comme si le défunt vivait encore.

C'est surtout en ce qui touche le droit de possession que l'effet de la saisine est remarquable. Selon les lois romaines, la possession ne peut être acquise que par *l'appréhension de la chose* AVEC *l'intention de l'avoir pour soi* (1). L'article 2192 de notre code reproduit la même idée. Ici, au contraire, l'héritier acquiert la possession des biens du défunt *avant de les avoir appréhendés* et même *à son insu*. Il possède, quoiqu'il ne détienne pas ; il possède, quoiqu'il n'ait pas encore manifesté l'intention de posséder. De là ces deux conséquences importantes :

1° Le défunt possédait un immeuble depuis 29 ans ; son héritier n'a apprehendé la succession qu'un an après qu'elle a été ouverte. Quoique, en fait, il n'ait pas possédé, quoiqu'il ait ignoré même l'ouverture de la succession, et qu'il n'ait pas eu, par conséquent, l'intention de posséder, il est réputé avoir possédé pendant cette année. La prescription n'a pas été interrompue ; elle s'est accomplie à son profit.

2° Le défunt possédait un immeuble depuis six mois seulement ; son héritier n'a appréhendé la succession que six mois après qu'elle a été ouverte. Quoique, en fait, il n'ait pas possédé pendant ces six mois, il est néanmoins réputé avoir possédé pendant ce temps. Sa possession est, par conséquent, réputée avoir *un an* d'existence : il peut donc l'invoquer pour

---

(1) *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.* PAUL, L. 3, § 1, D., *De adq. vel am. poss.* (XLI, II).

exercer les actions possessoires, qui ne compètent qu'à ceux qui possèdent *depuis un an* (a).

II. De la saisine à l'égard des successeurs irréguliers. — Le successeur irrégulier est aussi saisi *ipso jure*, et même *à son insu*, des *droits* et des *dettes* du défunt. Ainsi, comme l'héritier légitime, il est, dès l'instant de l'ouverture de la succession, et quoiqu'il ignore que la succession est ouverte : 1° propriétaire, 2° possesseur, 3° créancier, 4° débiteur, de toutes les choses dont le défunt était propriétaire, possesseur, créancier ou débiteur.

De là il suit : 1° qu'il acquiert la succession, quoiqu'il soit mineur ou interdit ; 2° qu'il la transmet, confondue dans la sienne, quoiqu'il n'ait survécu au défunt que pendant un seul instant de raison.

Mais il n'est pas saisi *ipso jure* des *actions* du défunt, c'est-à-dire de l'*exercice* de ses droits actifs ou passifs. Cette saisine quant à lui, est *judiciaire* : il doit la demander à la justice, c'est-à-dire, se faire mettre, par la justice, en possession de la succession. Il en résulte que, tant qu'il n'a pas obtenu l'envoi en possession, il ne peut ni poursuivre les débiteurs de la succession, ni être poursuivi par les créanciers du défunt.

Ainsi, les héritiers légitimes acquièrent *ipso jure*, dès l'instant que la succession est ouverte : 1° les droits actifs et passifs du défunt ; 2° l'exercice de ces même droits. Les successeurs irréguliers acquièrent, *ipso jure*, les droits actifs et passifs du défunt, et, *voluntate judicis*, l'exercice de ces mêmes droits. Pour les héritiers légitimes, la saisine est toujours *légale* ; pour les successeurs irréguliers, elle est *légale* quant aux droits

(a) Dans notre droit, la possession doit être d'un an et *un jour*. Mais *transeat !*

M. Baudry-Lacantinerie (n° 31) dit qu'on a tort de rattacher à la saisine la continuation au profit de l'héritier de la prescription acquisitive qui avait commencé a courir en faveur du défunt. Ce résultat, dit-il, se produirait alors même que la saisine n'existerait pas, car la mort du possesseur n'est une cause ni de suspension ni d'interruption de la prescription. Il ne suffit pas que le possesseur ait cessé de posséder : il faut que quelqu'un possède à sa place et possède pendant plus d'un an. Par conséquent, si l'héritier du possesseur entre en possession de fait avant qu'un tiers ait acquis la possession annale, la prescription ne sera pas interrompue. Du reste, la rétroactivité de l'acceptation (art. 644) fait disparaître la lacune qui a pu exister de fait entre la possession du défunt et celle de l'héritier. M. Baudry-Lacantinerie tire de ce système la conséquence que la possession commencée par un défunt se continue aussi bien en faveur du successeur irrégulier que de l'héritier légitime.

actifs et passifs du défunt, *judiciaire* quant à l'exercice de ces droits (1).

Il existe sur la saisine un autre système.

Suivant quelques personnes, la saisine dont il est parlé dans l'article 607, celle qu'ont les héritiers légitimes et que n'ont pas les successeurs irréguliers, *n'a trait qu'au droit de possession*. On la définit : Une fiction légale en vertu de laquelle un héritier est réputé posséder les biens du défunt, *même avant de les avoir appréhendés* ; ou, en d'autres termes, l'*anticipation légale de la possession et des avantages qui en résultent* (2). Bien que la possession soit une chose *de fait*, bien que l'intention de la personne soit nécessaire pour l'acquérir, l'héritier *légitime* l'acquiert néanmoins, abstraction faite de toute détention, et même à son insu. De là les conséquences indiquées *supra*, p. 271.

Le successeur *irrégulier*, au contraire, n'acquiert pas la possession *ipso jure* à son insu ; il ne l'acquiert qu'autant qu'il la demande à la justice qui l'en investit. La possession qui avait commencé dans la personne du défunt se trouve donc suspendue, tant au point de vue de la prescription qu'à celui de l'exercice des actions possessoires, depuis le moment de l'ouverture de la succession jusqu'au jour où le successeur irrégulier s'est fait mettre en possession.

Dans ce système, le successeur *irrégulier*, comme l'héritier *légitime*, devient de plein droit, dès l'instant même de l'ouverture de la succession, propriétaire, créancier ou débiteur des choses dont le défunt était propriétaire, créancier ou débiteur ; l'article 607 est étranger à cette saisine. Mais, à la différence de l'héritier *légitime*, qui acquiert de plein droit la *possession* des choses laissées par le défunt, le successeur *irrégulier* ne devient *possesseur* qu'à partir du moment où il s'est judiciairement fait mettre en possession.

La bizarrerie des conséquences auxquelles il conduit, doit suffire pour nous mettre en garde contre ce système. Dans quel but, en effet, dans quel intérêt, suspendre la prescription

---

(1) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 24 *bis* ; Aubry et Rau, t. 6, § 609, p. 364 et suiv. ; Demol., t. 13, n[os] 124 et suiv. ; Laurent, t. 9, n[os] 219 et suiv. [[Aussi, M. Baudry-Lacantinerie, n 34. Cet auteur invoque la disposition de l'art. 711 du code Napoléon, notre article 583, qui dit que la propriété des biens s'acquiert... par *succession*, sans distinguer la succession régulière de la succession irrégulière.]]

(2) M. Bugnet, *sur Pothier*, t. 8, p. 114. [[Voy. aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 30 ; il s'appuie sur des autorités tirées du droit ancien.]]

qui courait au profit du défunt ? Et d'ailleurs, si le successeur irrégulier ne possède pas, la succession ne possède-t-elle point pour lui ? (*a*)

Je remarque aussi que ce système est contraire au texte de l'article 607, qui parle, non pas spécialement de la saisine du droit de possession, mais de la saisine des *droits* et *actions* en général. Il y est dit, il est vrai, que le successeur irrégulier doit se faire judiciairement *envoyer en possession de la succession*. Mais ces expressions ne signifient pas que la transmission du droit de possession qui appartenait au défunt n'a lieu qu'à partir du jour où le successeur irrégulier a obtenu une investiture judiciaire. Il faut les entendre en ce sens que le successeur irrégulier ne peut pas, de sa propre autorité, appréhender les biens héréditaires, se mettre à la tête de la succession, et en exercer les droits : qu'il n'a point, en un mot, qualité pour agir comme *dominus*, tant qu'il n'a pas judiciairement fait constater son droit à la succession. Il n'est pas possesseur *de fait ;* mais il est possesseur *de droit*, de la même manière qu'il est propriétaire ou créancier des choses dont le défunt était propriétaire ou créancier. Il ne peut point, sans doute, tant qu'il n'a point fait reconnaître son titre par la justice, exercer le droit de possession qui lui a été transmis ; mais n'en est-il point de même du droit de propriété ou de créance ?

Pour nous, la formule de la saisine est bien simple : L'héritier *légitime* peut, dès que la succession est ouverte, exercer tous les droits qui lui ont été transmis, et répondre aux poursuites qui peuvent être formées contre lui par les créanciers du défunt : le successeur *irrégulier*, au contraire, ne peut ni poursuivre ni être poursuivi, tant qu'il n'a pas fait reconnaître son titre en justice, conformément aux articles 639 et suivants.

[[Il y a quelques arrêts à citer sur la saisine des héritiers.

Dans la cause de *Fraser* v. *Abbott* (5 R. L., p. 234), le juge Johnson a décidé qu'une partie qui se prétend héritière ne peut poursuivre en même temps comme créancière. Cela est évident, son acceptation de la succession éteint même sa créance par la confusion. Il n'y a que l'héritier sous bénéfice d'inven-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 31), je l'ai dit plus haut, note (*a*), p. 272, se base sur d'autres motifs pour reconnaître, en faveur du successeur irrégulier, la continuation de la prescription qui a commencé à courir au profit du défunt. Il n'y voit aucune cause de suspension de la prescription.

taire qui conserve son droit de réclamer le paiement de ses créances contre la succession du *de cujus* (art. 671).

Dans la cause de *Dallaire & Gravel* (22 L. C. J., p. 286), la cour d'appel a jugé que la disposition de l'article 2098—qui exige l'enregistrement de la transmission par succession et qui, jusqu'à ce que cet enregistrement soit effectué, frappe de nullité les cessions, transports, hypothèques et droits réels consentis sur l'immeuble transmis—n'affecte pas la saisine des héritiers.

Le juge Casault a décidé, dans la cause de *Bell* v. *Bédard* (11 Q. L. R., p. 318), qu'un seul de plusieurs héritiers indivis peut porter l'action pétitoire contre le tiers qui n'a aucun droit à la succession, et revendiquer la totalité d'un immeuble lui appartenant que ce tiers détient.

Enfin, dans la cause de *Mayer* v. *Léveillé* (M. L. R., 3 S. C., p. 190), le juge Papineau a jugé que les héritiers ont droit aux intérêts que produisent les legs particuliers, tant que ces legs n'ont pas été acquittés par l'exécuteur testamentaire.]]

CHAPITRE II. — DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER

La loi détermine, sous cette rubrique, quelles qualités sont nécessaires, soit pour *acquérir* la succession, soit pour la *conserver* lorsqu'elle est *acquise*. L'absence des qualités nécessaires pour *acquérir* la successsion constitue l'*incapacité*: l'absence des qualités nécessaires pour *conserver* la succession acquise constitue l'*indignité* (1).

§ I. — *De la capacité.*

Sont capables de succéder tous ceux que la loi ne range pas dans la classe des incapables (*a*).

[[L'article 608 nous dit quelles personnes sont incapables de succéder.

608. " Pour succéder il faut exister civilement à l'instant " de l'ouverture de la succession : ainsi sont incapables de " succéder :

---

(1) Suivant M. Laurent (t. 9, nº 1), il n'y a de différence entre l'incapacité et l'indignité que quant aux *causes* qui les produisent. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 593, note 25.

(*a*) On comprend que ce mot *incapables* a un sens relatif. Il s agi des incapables en matière de succession.

1° " Celui qui n'est pas encore conçu ;
2° " L'enfant qui n'est pas né viable ;
3° " Celui qui est mort civilement " (*a*).]]
Sont incapables :
1° *Ceux qui étaient déjà morts quand la succession s'est ouverte ;*
2° *Ceux qui n'étaient pas encore conçus à la même époque ;*
3° *Ceux qui étaient conçus à cette même époque, mais qui sont nés non vivants,* ou *vivants, mais non viables ;*
[[4° *Ceux qui sont morts civilement* (*b*).]]

Ainsi, il n'est pas nécessaire d'être *né* au moment de l'ouverture d'une succession pour être apte à la recueillir ; il suffit d'être conçu : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur* (1). Mais cette fiction n'est applicable qu'aux enfants qui sont nés *vivants* et *viables*. L'enfant qui naît mort n'a jamais eu d'existence civile ; en droit, il ne compte pas : *qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur.* Il en est de même des enfants nés *vivants*, mais *non viables*.

Un enfant est né vivant, mais *non viable*, lorsque sa constitution est tellement hors nature, tellement vicieuse, qu'il est évident qu'il ne peut vivre que pendant quelques instants, ou tout au plus quelques jours : la loi ne tient aucun compte de cette existence éphémère.

On prouve que l'enfant est né *vivant*, soit par l'acte de naissance, lorsque cet acte porte que l'enfant a été présenté vivant à l'offirier public, soit, dans le cas contraire, par le témoignage de personnes qui ont assisté à l'accouchement. Quant à la *viabilité*, la preuve en est plus difficile : il ne s'agit plus, en effet, d'un simple fait qui peut être constaté par toutes personnes ; c'est une question de médecine légale, qui ne peut être résolue qu'au moyen d une inspection du corps par les gens de l'art.

Mais comment constatera-t-on que l'enfant, né *vivant* et *viable*, était *conçu* au moment de l'ouverture de la succession ?

---

(1) *Qui in utero est, perindè ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partûs quæritur : quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.* Paul, L. 7, D., *De statu hom.* (I, v).

(*a*) Cet article est la copie textuelle de l'article 725 du code Napoléon, sauf que ce dernier article dit qu'il faut *nécessairement exister*, notre article qu'il faut *exister civilement*.

(*b*) La mort civile a été abolie en France, ce qui explique que Mourlon ne parle pas de l'incapacité qui en découle.

A quels signes, à quels caractères, le reconnaîtra-t-on ?

Remarquons d'abord qu'on ne peut pas établir, en principe, que, la grossesse chez la femme étant de neuf mois, selon l'ordre habituel de la nature, l'époque de la conception remonte au premier jour de ces neuf mois calculés d'après le jour de la naissance. Ce serait créer une présomption qui n'est pas dans la loi, et qui d'ailleurs serait souvent contraire à la vérité : car les grossesses ne sont pas toujours de neuf mois.

Mais ne peut-on pas invoquer les présomptions établies par les articles 218 et 227 en matière de légitimité, et dire, en conséquence, que l'enfant sera réputé conçu avant l'ouverture de la succession par cela seul qu'il sera né dans les trois cents jours du décès du *de cujus* ?

La question doit être résolue par une distinction qui ressort naturellement du but que la loi s'est proposé en introduisant ces présomptions. On sait, en effet, qu'elles sont souvent contraires à la vérité, et que, si la loi les a introduites, ce n'est que dans un intérêt de morale publique, *pour sauver l'honneur de la mère*. De là je conclus :

1° Qu'elles peuvent être invoquées en matière de succession lorsqu'il est impossible, *sans déshonorer la mère*, de décider que l'enfant n'était pas conçu au moment du décès du *de cujus*, c'est-à-dire toutes les fois que la question de *légitimité* se trouve mêlée à la question de *succession*. Ainsi, l'enfant né le deux cent quatre-vingt-dix-neuvième jour ou même le trois centième jour du décès du mari de sa mère, sera réputé conçu avant l'ouverture de la succession : car, dans l'espèce, les deux questions de légitimité et de succession sont inséparables : on ne peut pas, en effet, sans porter atteinte à l'honneur de la mère, décider que son enfant ne succède pas à son mari.

2° Qu'elles ne peuvent pas l'être, au contraire, lorsqu'il est possible, *sans porter atteinte à l'honneur de la mère*, de décider que l'enfant n'était pas conçu au moment de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire toutes les fois que la légitimité de l'enfant n'est pas en cause. Les présomptions légales ne s'étendent pas, en effet, d'un cas à un autre (1).

---

(1) MM. Bug. *sur Poth.*, t. 8. p. 8 ; t. 1, p. 484 ; Val.—Suivant MM. Aubry et Rau, (t. 6, § 592, p. 275), "le moment de la conception se détermine, au point de vue de la capacité de succéder, d'après les mêmes règles qu'en matière de filiation." La jurisprudence est aussi en ce sens. —A l'inverse, M. Laurent enseigne que les présomptions établies par la loi en faveur de la légitimité, ne peuvent jamais être invoquées par celui qui se présente pour recueillir une succession (t. 8, nos 537 et suiv.).

Il existe cependant une hypothèse où les présomptions des articles 218 et 227 sont applicables à une pure question de succession : je veux parler du cas où il s'agit de la succession d'un parent décédé *après* la mort du père de l'enfant. *Primus* meurt le 1[er] janvier ; son frère *Secundus*, le 15 du même mois ; la veuve de *Primus* accouche le trois centième jour à partir du 1[er] janvier : l'enfant est réputé légitime, conçu des œuvres de *Primus* (art. 227) : il recueillera donc sa succession. Mais recueillera-t-il également la succession de *Secundus* ? Oui : car, dans le système contraire, on serait conduit à un résultat *absurde* ; l'enfant serait réputé conçu le 1[er] janvier, à l'effet d'acquérir l'état d'enfant légitime et, par suite, la succession de *Primus*, et non encore conçu le 15 du même mois à l'effet de recueillir la succession du frère de *Primus* (1).

Lorsque les présomptions des articles 218 et 227 ne peuvent point servir à résoudre la question de savoir si l'enfant était ou non conçu au moment de l'ouverture de la succession, on recourt à la science des médecins ; c'est alors, de même que la question de viabilité, une pure question de médicine légale.

Les héritiers d'un enfant qui prétendent qu'une succession s'était ouverte à son profit, doivent établir : 1 qu'il était conçu au moment de l'ouverture de la succession ; 2° qu'il est né vivant (art. 104 et 105). Mais, ce n'est pas à eux de prouver qu'il est né *viable*. La loi tient, en effet, pour constants les faits qui, selon l'ordre de la nature, sont les plus habituels ; or, l'enfant qui naît *vivant* naît habituellement *viable*. La non-viabilité est une exception au cours habituel des choses : ceux qui l'invoquent doivent, par conséquent, en fournir la preuve. Ainsi, l'enfant né *vivant* sera réputé né *viable*, et par suite, habile à succéder, toutes les fois que, par un obstacle quelconque, la preuve de sa non-viabilité ne pourra pas être établie (2).

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 41) paraît incliner vers le système de Laurent ; il dit que la doctrine exposée dans le texte, qui est celle de la plupart des auteurs, est le plus qu'on puisse admettre. Encore doute-il qu'il soit sage de faire cette concession. L'argument qui écarterait ces présomptions, du moins quand il ne s'agit pas en même temps d'une question de légitimité, est tiré du principe que les présomptions sont de droit étroit et qu'on ne peut les étendre d'un cas à l'autre.]]

(1) M. Val.—On peut d'ailleurs ajouter qu'en l'espèce l'honneur de la mère est *implicitement* en cause, et qu'ainsi il est essentiel que la présomption destinée à le sauvegarder reçoive ici son application. Voy. M. Hureaux, *Rev. crit. de législ.*, t. 23, p. 534.

(2) Voy. cependant M. Laurent, t. 8, n° 547.

[[Les trois premières causes d'incapacité sont suffisamment expliquées ici. La mort civile est une quatrième cause d'incapacité, puisque la personne morte civilement ne peut recueillir, ni transmettre à titre de succession (art. 36, § 1).

Les étrangers dans notre droit succèdent comme les citoyens du pays. " L'étranger," dit l'article 609, " est admis à succé- " der dans le Bas-Canada, de la même manière que les sujets " britanniques." C'est encore ce que porte l'article 25, que j'ai expliqué en mon tome 1er, p. 142.

En France, d'après l'article 726 du code Napoléon, l'étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède en France, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger. C'est l'application du principe de la réciprocité. Notre législation va plus loin, et donne un droit absolu aux étrangers, sans égard aux droits que la loi de leur pays reconnaît à nos nationaux. Puisque la loi a été ainsi faite et maintenue, il faut présumer qu'elle n'a pas donné lieu à des abus.]]

§ II. *De l'indignité.*

L'indignité entraîne la rescision de la saisine, l'*exclusion* d'une succession *acquise*. Elle suppose donc nécessairement la capacité : car ceux-là ne peuvent pas *perdre* une succession, qui ne l'ont pas *acquise : indignus potest capere, non retinere.* Ainsi, il n'y a que les *capables* qui puissent être *indignes.*

I. Des causes d'indignité. — Elles étaient fort nombreuses dans l'ancien droit, sans être même *limitativement* déterminées. Elles sont limitativement déterminées aujourd'hui, et le juge ne peut, sous aucun prétexte, prononcer l'indignité en dehors des cas textuellement prévus.

[[L'article 610 énumère ces causes d'indignité. Il se lit comme suit :

610. " Sont indignes de succéder et comme tels exclus des " successions :

1° " Celui qui est convaincu d'avoir donné ou tenté de donner " la mort au défunt ;

2° " Celui qui a porté contre le défunt une accusation capi- " tale jugée calomnieuse ;

3° " L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne " l'a pas dénoncé à la justice."

Les codificateurs n'ont changé qu'un mot à l'article 727 du code Napoléon, mais ce mot est très important. L'article 727 dit : " celui qui serait *condamné*," notre article : " celui qui est *convaincu*." Il y a dans notre droit criminel une différence entre la *conviction* et la *condamnation*. La première est encourue par le verdict de culpabilité rendu par le jury ; la seconde par la sentence du juge donnant effet à ce verdict.

Donc, l'héritier est réputé indigne du moment de la *conviction*, peu importe que sentence soit portée contre lui ou non. On remarquera sous ce rapport une différence entre l'indignité et la mort civile, car celle-ci ne s'encourt que par la condamnation judiciaire (art. 37) (*a*).

Sont donc indignes :]]

1° " *L'héritier qui a été* [[CONVAINCU]] *d'avoir donné ou tenté* (1) *de donner la mort au défunt*."— Il résulte des termes mêmes de la loi [[que l'indignité sera encourue, toutes les fois que verdict de culpabilité aura été rendu contre l'héritier, quoique, par une raison quelconque, le meurtrier du *de cujus* n'ait pas été condamné.]]

Ainsi, point d'indignité si le coupable est mort avant d'avoir été [[convaincu du meurtre. Les jugements préparatoires, tels que celui du magistrat qui l'aura renvoyé pour son procès devant la cour d'assises, la délibération du grand jury, ne comptent pour rien. En effet, il ne suffit pas que l'héritier soit coupable, il faut qu'il ait été déclaré coupable par le jury. Ainsi, on ne sera pas reçu à prouver cette culpabilité autrement que par le verdict, tant que le verdict n'a pas été rendu, l'héritier reste en possession de tous ses droits.

Naturellement, si le verdict est cassé, les effets de ce verdict cesseront et l'héritier sera censé n'avoir jamais été indigne. Après la cassation du verdict on ne plus dire que l'héritier a été *convaincu*, sa conviction ayant eté illégale.

Mais, puisque la condamnation ou la sentence n'est pas requise, il s'ensuit que la remise de cette sentence, par l'exer-

---

(1) Comme auteur principal, ou comme complice. (MM. Dur., t 6, n° 89 ; Dem., sur l'art 727 ; Duc., Bonn. et Roust., *ibid.* ; Demol. t. 13, n° 221.. [[Voy., toutefois, *infra*, pp. 282-3, quant aux complices.]]

(*a*) Les causes de révocation d'une donation pour ingratitude ne sont pas les mêmes qu'en matière de succession. La donation peut être révoquée : 1° si le donataire a attenté à la vie du donateur ; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits majeurs ou injures graves ; 3° s'il lui refuse des aliments, ayant égard à la nature de la donation et aux circonstances des parties (art. 813).

cice de la prérogative de pardon, et même sa cassation pour cause d'illégalité, tant que la conviction elle-même n'aura pas été mise de côté, seront sans effet sur l'indignité de l'héritier.

Il nous reste à résoudre une question très importante. L'article 610 déclare indigne de succéder celui qui est convaincu *d'avoir donné ou tenté de donner la mort* au défunt. Or, on distingue en droit criminel, deux sortes d'homicide, l'*homicide coupable* et l'*homicide non coupable.*

L'*homicide coupable* est le fait de tuer une personne, soit par un acte illégal, soit par l'abstention, sans excuse légitime, d'accomplir ou observer un devoir légal, ou par ces deux moyens combinés, soit en portant une personne, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire un acte qui cause la mort de cette personne, ou en effrayant volontairement un enfant ou une personne malade (*a*).

L'*homicide non coupable* qu'on appelle aussi *homicide excusable* est le fait de tuer une personne dans l'exercice d'un droit ou d'un devoir, comme l'acte du soldat sur un champ de bataille, celui du gendarme ou agent de la paix qui réprime une émeute, celui d'une personne qui agit en légitime défense. Voy. les art. 40 et suivants du code criminel.

L'*homicide coupable* se subdivise en *meurtre* et en *homicide involontaire.*

Il y a *meurtre* quand il y a intention de tuer, d'infliger des coups ou blessures qu'on sait être de nature à causer la mort, quand ayant l'intention de tuer une personne on en tue une autre par maladresse ou accident, enfin lorsqu'on fait, dans un but illégal, un acte qu'on sait être de nature à causer la mort (*b*).

Il y a *homicide involontaire* quand on donne la mort dans un accès de colère causée par une provocation soudaine (*c*)

Enfin, il y a *tentative de meurtre,* lorsque le meurtre qu'on a voulu commettre n'a pas été consommé pas la mort de la victime.

Maintenant, lequel de ces faits le législateur avait-il en vue

---

(*a*) C'est la définition que donne de l'homicide coupable, l'article 220 du code criminel.

(*b*) Je n'ai pas la prétention de faire une définition scientifique du meurtre. Je n'ai fait que résumer l'article 227 du code criminel. Il y a d'autres cas de meurtre indiqués dans l'article 228.

(*c*) L'article 229 du code criminel, énumère les actes qui peuvent constituer une provocation.

lorsqu'il a déclaré indigne de succéder celui qui est convaincu d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ?

Il est évident qu'il n'est pas question ici de l'*homicide non coupable*, car comme il n'y a point là de crime (art. 220, code criminel), il ne peut y avoir de *conviction* de l'héritier accusé. La condition prescrite par l'article 610 ne se trouve donc pas remplie dans ce cas. On peut ajouter que, puisqu'il n'y a pas de crime sans responsabilité, si l'héritier a donné ou tenté de donner la mort au défunt en état de folie, ou si c'est un enfant sans discernement, il ne saurait y avoir *conviction* et partant pas d'indignité.

Mais qu'il y ait *meurtre* ou seulement *homicide involontaire*, et que le jury rende un verdict de culpabilité contre le prévenu, nous nous trouvons dans le cas de l'article 610. L'héritier est convaincu d'avoir donné la mort au défunt. L'article ne distingue pas un cas de l'autre et dans chacun de ces cas il s'agit d'un homicide coupable. C'est ce qu'on décide assez généralement en France, pour le meurtre que l'article 321 du code pénal qualifie d'*excusable* et qui n'entraîne qu'une peine correctionnelle (*a*). On ajoute que ce serait blesser gravement les convenances que permettre à un meurtrier de recueillir paisiblement la succession de sa victime. L'appât d'un héritage considérable pousserait d'ailleurs trop fortement l'héritier à céder aux mouvements de colère causés par la provocation de celui dont il est le successible (*b*).

La *tentative de meurtre* est la seule offense que prévoit l'article 610 en parlant de celui qui a tenté de donner la mort au défunt ; il n'y a pas de tentative d'homicide involontaire, car il y aurait là contradiction dans les termes.

On décide, en France, que le complice du meurtre encourt l'indignité comme l'auteur principal du crime (*c*).

Notre droit criminel distingue deux genres de complices : le complice *avant le fait* et le complice *après le fait*. Le premier est celui qui pousse, excite ou aide quelqu'un à commettre un crime, le second est celui qui après le crime recèle, assiste ou

(*a*) Il ne faut pas confondre ce *meurtre excusable* avec l'*homicide non coupable* de notre droit, lequel n'est pas un crime. On voit, au contraire, qu'il s'agit de l'offense que nous appelons *homicide involontaire*.

(*b*) Consultez, sur ces questions, les autorités citées par Sirey et Gilbert, sur l'article 727 C. N., nos 2 et 3.

(*c*) *Supra*, p. 280, note (I).

aide quelqu'un qui l'a commis ou y a pris part, afin de le faire évader, connaissant sa culpabilité (*a*).

Depuis la promulgation du code criminel, en 1892, il n'y a plus lieu à distinguer le complice *avant le fait* de l'auteur du crime, ou plutôt, il est considéré tout autant auteur de ce crime que celui qui y a participé physiquement. L'un et l'autre sont fauteurs et coupables de l'infraction (art. 61 code criminel); ils sont également coupables. Le complice *après le fait*, au contraire, n'est pas l'auteur du crime, sa culpabilité est bien moindre. L'emprisonnement qu'il encourt n'a que la moitié de la durée de celui qu'on peut infliger à l'auteur du crime, et encore son emprisonnement ne dépassera pas sept ans, quelle que soit la peine que puisse encourir le coupable dont il s'est constitué le complice après le crime (art. 531 et 532 code criminel).

S'il faut maintenant nous demander si les complices d'un meurtre ou tentative de meurtre peuvent être déclarés indignes, il est évident que le complice *après le fait* ne pourra l'être (*b*). En effet, il n'a pas donné ni tenté de donner la mort au défunt, et cette considération est décisive. D'un autre côté, il n'est pas douteux que celui qu'on appelait autrefois le complice *avant le fait*, encourt l'indignité, puisque la loi le considère comme l'un des auteurs du meurtre. Décider autrement, ce serait donner à l'héritier le moyen de se défaire de celui dont il convoite l'héritage, sans mettre ses droits successifs en danger. Il n'aurait qu'à soudoyer un vulgaire assassin. Ce résultat serait aussi immoral que contraire à la loi.]]

2° " *L'héritier qui a porté contre le défunt une accusation* " *capitale jugée calomnieuse.*"

Accusation... Il ne faut pas prendre ce mot à la lettre. En droit romain, un simple particulier pouvait se porter *accusateur* et poursuivre lui-même la punition de la personne qui s'était rendue coupable d'un crime; mais cette faculté n'appartient, dans notre droit, qu'aux magistrats du ministère public (*c*). La loi, dans l'article 610, a voulu parler d'une *plainte* ou d'une *dénonciation* faite par l'habile à succéder.

(*a*) Cette dernière définition est tirée de l'article 63 du code criminel.

(*b*) Observons, cependant, que le complice *après le fait* pourra encourir l'indignité, s'il est dans le cas du 3e alinéa de l'art. 610.

(*c*) Puisqu'il ne s'agit ici que des crimes capitaux, il est superflu de remarquer que, pour certaines offenses de peu de gravité, la partie privée peut, en notre droit, poursuivre la punition de l'offense.

La *plainte* émane de la personne qui a été victime d'un crime. La *dénonciation* est la déclaration d'un crime faite aux magistrats par une personne qui en a connaissance, mais qui n'en a point souffert.

Capitale... [[Mourlon entend par là un crime tel que son auteur peut être condamné à une peine emportant la mort civile, c'est-à-dire à la mort naturelle, aux travaux forcés à perpétuité, ou à la déportation. Il n'y a pas de déportation dans notre droit. Je dois cependant ajouter que, dans le crime qui ne peut entraîner qu'une condamnation à la détention perpétuelle, la majorité des auteurs refusent de voir l'offense capitale dont parle l'article 610 (*a*). Il faut, disent-ils, que l'accusation mette en péril la tête de l'accusé. Par là, l'héritier a tenté de lui faire donner la mort. Dans ce sens, voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 46.

Il nous manque dans notre droit les motifs sur lesquels on se base, en France, pour restreindre le mot *accusation capitale* aux accusations d'offenses qui peuvent être punies de mort. On dit avec raison qu'il faut entendre par *offense capitale* une offense de nature à entraîner une peine qui aurait donné ouverture à la succession (comp. Demolombe, t. 13, n° 239). Or, en France, la mort civile étant maintenant abolie, il n'y a plus que la mort naturelle qui puisse faire ouvrir une succession. Il n'en est pas de même dans notre droit, où les successions s'ouvrent par la mort civile aussi bien que par la mort naturelle (art. 601). Donc l'héritier, en portant contre le *de cujus* l'accusation calomnieuse entraînant, non pas la mort, mais une peine afflictive perpétuelle, a voulu le faire frapper de mort civile (art. 33) et partant faire ouvrir sa succession. Il doit donc être déclaré indigne. J'ajoute que dans l'ancien droit on entendait par *offense capitale*, une offense emportant mort naturelle ou *civile*. Voy. Nouveau Denisart, v° *Capital*, n° 7 ; Ferrière, Dictionnaire de droit, v° *Peine capitale*.]]

Jugée calomnieuse... Ainsi, il ne suffit pas qu'*elle soit calomnieuse ;* il faut que l'héritier qui l'a portée soit *condamné comme calomniateur...* Si donc le *de cujus*, après avoir été acquitté, n'a pas poursuivi en calomnie l'héritier dénonciateur, celui-ci ne pourra pas être écarté comme indigne (*b*).

(*a*) Voy. la liste imposante qu'en donnent Sirey et Gilbert, sur l'art. 727 C. N., n° 6.

(*b*) Le seul moyen de faire déclarer la calomnie de l'accusation, ce serait par l'action en dommages pour arrestation ou accusation malicieuse.

3° "*L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé à la justice.*"

Héritier majeur... L'héritier majeur, instruit du *meurtre* du *de cujus*, doit, sous peine d'indignité, le déclarer à la justice. La loi ne distingue pas si c'est *avant* ou *après* sa majorité, si c'est avant ou après l'ouverture de la succession, qu'il a eu connaissance du meurtre : dans tous les cas, il est coupable s'il garde le silence.

Du meurtre du DE CUJUS... Ainsi, il suffit qu'il dénonce le *meurtre ;* il n'est pas nécessaire qu'il dénonce le *meurtrier*.

La loi ne dit pas dans quel délai la dénonciation doit être faite ; elle s'en rapporte, à cet égard, à la prudence des juges, qui auront à apprécier si l'héritier a été réellement indifférent et coupable de négligence.

La non-dénonciation du meurtre du *de cujus* n'est pas une cause d'indignité, lorsque le meurtrier est l'*ascendant* ou le *descendant*, le *conjoint*, le *frère* ou la *sœur*, l'*oncle* ou le *neveu*, la *tante* ou la *nièce* de l'héritier (*a*).

La même exception est applicable au cas où le meurtrier est *l'allié* à titre d'ascendant ou de descendant [[de frère ou de sœur, d'oncle ou de tante, de neveu ou de nièce, de l'héritier. Notre article est formel dans ce sens et telle est, je l'ai dit, l'interprétation qu'on donne à l'article 728 du code Napoléon.]]

Rien n'est plus sage, plus équitable, que l'exception que nous venons d'étudier. L'héritier qui sait (1) que le meurtrier est son proche parent ou son proche allié a un juste motif de garder le silence. La loi ne pouvait pas exiger de lui qu'il compromît la vie de l'un des siens, l'honneur de sa famille, en éveillant, par une dénonciation du meurtre, l'attention de la justice.

---

(1) Que décider s'il est constant ou prouvé qu'il a cru, mais à tort, que le meurtrier était son ascendant ou son descendant ? En fait, il n'est pas coupable : partant, point d'indignité.

(*a*) L'article 611 se lit comme suit :

611. "Le défaut de dénonciation ne peut cependant être opposé aux "ascendants et aux descendants du meurtrier, ni à son époux ou à son "épouse, ni à ses frères et sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses "neveux et nièces, ni à ses alliés aux mêmes degrés."

Cet article ne diffère de l'article 728 du code Napoléon qu'en ce que ce dernier article met les mots "alliés au même degré," après "ascendants et descendants du meurtrier," ce qui à première vue semblerait exclure tous les autres alliés que ceux qui le sont en ligne directe. Mais on est unanime à admettre qu'il n'y a là qu'une simple erreur de copiste, l'intention du législateur étant de donner à ces mots la place qu'ils occupent dans notre article.

Toutefois, le but que s'est proposé la loi ne sera pas toujours atteint : car, s'il est établi que l'héritier avait connaissance du meurtre du défunt et qu'il ne l'a pas dénoncé à la justice, il succombera nécessairement, à moins qu'il ne justifie de l'exception introduite dans son intérêt, en établissant que le meurtrier est son ascendant ou son descendant. son frère ou sa sœur... La prévoyance du législateur est donc en défaut, puisque, pour échapper à l'indignité, l'héritier est précisément obligé de dénoncer son parent, ce qui est bien plus grave encore qu'une simple dénonciation du meurtre. — Il faut supposer, pour comprendre l'utilité de cette exception, que le meurtrier a été condamné, ou qu'il est déjà sous la main de la justice, quand l'héritier est poursuivi comme indigne.

Un héritier a été déclaré indigne ; postérieurement au jugement qui le condamne, on découvre que le meurtrier était son ascendant : son silence étant alors expliqué et justifié, peut-il se faire relever de l'indignité ? [[On décide en France qu'il]] le peut, par la voie de l'appel, si le jugement d'indignité ne lui a pas été signifié, ou si les délais d'appel ne sont point encore expirés (*a*). Dans le cas contraire, tout est irrévocablement consommé. Cependant, s'il pouvait établir que ceux qui l'ont fait déclarer indigne ont agi de mauvaise foi, qu'ils connaissaient les motifs légitimes de son silence, ne pourrait-il pas attaquer le jugement par la voie de la requête civile ? Sans aucun doute : car la poursuite qui a été dirigée contre lui était entachée de dol, et le dol est le premier cas donnant ouverture à la requête civile (art. 505 C. P. C.) (1).

Les causes d'indignité peuvent être invoquées contre l'héritier, lors même qu'il rapporte la preuve que le *de cujus* lui avait *pardonné :* l'ordre public est, en effet, intéressé à ce qu'un héritier ne puisse pas recevoir de quelqu'un le droit d'acquérir une succession dont la loi le déclare indigne (*b*).

---

(1) Dem., *Cours analyt.*, t. 3, n° 36 *bis*, II et III. [[M. Huc, t. 5, n° 45, enseigne que si le demandeur en indignité était de bonne foi, s'il ignorait la qualité du meurtrier, le jugement prononçant l'indignité ne pourra être rétracté ; l'héritier qui aurait pu se couvrir en invoquant l'art. 611 et qui a préféré ne pas l'invoquer, a exercé une option dont il doit subir les conséquences.]]

(*a*) Il n'est pas, règle générale, nécessaire de signifier le jugement dans notre droit (art. 476 C. P. C.). D'ailleurs, la cause en appel serait jugée ici sur la preuve faite en première instance, de sorte qu'on ne voit pas comment l'appel pourrait, dans l'espèce, offrir un remède utile à l'héritier.

(*b*) Sirey et Gilbert, *loco cit.*, n° 4. Les mêmes (n° 5) enseignent que des lettres de grâce n'effacent pas l'indignité. C'est ce que j'ai dit, *supra*, pp. 280-281.

Il existe cependant un cas où la cause d'indignité dépend de la volonté de celui qui a reçu l'offense. Je fais allusion au n° 2 de l'article 610. Nous avons vu, en effet, que, si l'accusé qui a été reconnu innocent ne fait pas condamner comme calomniateur le parent par lequel il a été dénoncé, celui-ci n'est pas en état d'indignité. L'offensé peut donc, soit en renonçant expressément à son action en calomnie, soit en laissant écouler les délais qui lui sont accordés pour l'exercer, empêcher son héritier présomptif de se trouver dans un des cas d'indignité prévus par la loi. Mais, s'il le fait condamner comme calomniateur, il est alors impuissant à le relever de l'indignité dont la loi le frappe. — Au reste, il est bien entendu que, [[sauf dans le cas de la mort civile de l'indigne,]] la personne offensée reste libre de laisser, par testament, tout ou partie de ses biens à celui que la loi exclut de sa succession *ab intestat*.

II. Des personnes qui ont qualité pour faire prononcer l'indignité. — Ont qualité, à cet effet, tous ceux qui ont intérêt à ce que l'indigne ne garde pas la succession, c'est-à-dire : ses cohéritiers, dont la part sera plus grosse s'il est exclu ; à défaut de cohéritiers, les héritiers du degré subséquent ou d'un ordre inférieur : car, s'il est exclu, ils succéderont à sa place.

L'action en indignité ne peut pas, selon l'opinion générale, être exercée par les créanciers de celui à qui elle appartient. Il est vrai qu'aux termes de l'article 1031, les créanciers peuvent exercer, du chef de leur débiteur, les droits qui lui compètent. Mais le même article excepte de cette faculté les droits *qui sont attachés à la personne* ; or, dit-on, l'action en indignité est précisément de cette nature. Ce n'est pas dans un but d'intérêt pécuniaire qu'elle a été organisée ; c'est un droit qui se rattache à la constitution de la famille, et qui, par conséquent, est *personnel* au parent du *de cujus* (*a*).

[[Mourlon rejette ce système. Il invoque le fait qu'en France, on reconnaît aux donataires ou légataires du défunt, le droit de porter l'action en indignité, lorsque l'héritier coupable est réservataire (*b*). Ce ne serait donc pas *un droit de famille*, puisque tous ceux qui se trouvent exclus par l'indigne en profiteraient. On ajoute que ce n'est pas dans l'intérêt de la personne offensée, ni dans l'intérêt de ses héritiers que la loi a organisé la théorie de l'indignité]] ; elle a eu un but plus

---

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert, même article, n° 13.

(*b*) Notre droit ne connaît pas d'héritier réservataire.

élevé : elle a voulu protéger la morale et l'ordre public Aussi la voit-on refuser à la personne offensée le droit de pardon. Ce serait donc se mettre en opposition avec le but qu'elle s'est proposé que d'apporter un obstacle quelconque à l'exercice de l'action en indignité : plus on étend le nombre des personnes qui peuvent poursuivre le coupable, plus on entre dans ses vues (1).

III. Du moment à partir duquel l'indignité est encourue.—Il faut ici poser [[dit Mourlon]] deux principes :

1° Ceux-là seulement peuvent être déclarés indignes qui ont été saisis de la succession : car l'indignité est une *exclusion* de la succession acquise, une *rescision de la saisine.* De là il suit que le coupable ne peut pas être déclaré indigne *du vivant de la personne offensée.* [[Ce principe me paraît conforme aux règles qui régissent l'exclusion des successions pour cause d'indignité]]

2° L'indignité ne peut être demandée que contre un héritier *vivant :* car l'indignité est une peine et toute action pénale s'éteint par la mort du coupable. De là il suit que, si le coupable, devenu héritier de la personne offensée, meurt avant que son indignité ait été poursuivie, l'action en indignité est éteinte : l'héritier n'a jamais été indigne. [[Ce second principe est moins certain.. De graves autorités admettent l'action en indignité même quant elle est intentée pour la première fois contre les héritiers de l'indigne. Voy la note *infra*, p. 289.]]

Ainsi, [[ajoute Mourlon,]] l'indignité ne peut être demandée que contre le parent coupable qui a *survécu* au *de cujus* et qui est encore *vivant.*

Mais la demande déjà formée contre lui s'éteint-elle par sa mort ? La négative est généralement admise Il s'agit ici, dit-on, d'une peine *civile* ou *pécuniaire,* et, en cette matière, l'action *commencée* contre le coupable peut être *continuée* contre ses héritiers. Tel est, ajoute-t-on, le système consacré par l'article 957 C. N., [[notre article 814 (*a*)]] dans une hypothèse analogue.

---

(1) En ce sens, MM. Demol., t. 13, n° 284 ; Laurent, t. 9, n° 19 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1er, n° 335. La question est délicate, mais, sans méconnaître la force des arguments des dissidents, il semble répugnant de permettre à un créancier qui n'a qu'un intérêt pécuniaire, d'intenter, lorsque la famille se tait, un procès propre à perpétuer le souvenir de son déshonneur.]]

(*a*) Notre article 814 n'est pas tout à fait semblable à l'article 957 du code Napoléon. J'expliquerai cette différence en temps et lieu.

[[Mourlon conteste cette doctrine. Toute action *pénale*, qu'elle soit commencée ou non, quelle que soit aussi la nature de la peine qu'elle a pour objet, dit-il, s'éteint par la mort du coupable (1).

Je crois, cependant, que l'on doit suivre le premier système. Dans le cas du premier alinéa de l'article 610, c'est la conviction qui donne ouverture à l'action pour indignité. La sentence suit de près la conviction et l'exécution de cette sentence vient peu après. Si l'action ne peut être continuée contre les héritiers du coupable, ce sera le plus souvent inutile de l'intenter.]]

Ainsi, l'indignité n'a pas lieu de plein droit (*a*). L'exclusion de la succession résulte d'une cause d'indignité constatée et appréciée par la justice : jusque-là, l'héritier coupable reste saisi. Cette constatation est faite, sur la demande des parties intéressées, par un tribunal *civil :* car l'indignité est une peine purement *civile*.

IV. Des effets de l'indignité entre l'héritier exclu et ceux qui ont provoqué et obtenu son exclusion.—L'indignité anéantit la saisine. Elle l'anéantit, non-seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé : *l'indigne est réputé n'avoir jamais été héritier.* De là plusieurs conséquences.

1° L'indigne doit restituer, à ceux qui succèdent par suite de son exclusion, tous les biens dont il a été investi, ainsi que

---

(1) La demande en indignité peut être, suivant M. Demolombe (n° 279), non seulement *continuée*, mais même *intentée* pour la première fois, contre les héritiers de l'indigne décédé. — Dans le même sens, M. Bauby, *Rev. crit. de législ.*, 1855, p. 481 ; M. Hureaux, même *Revue*, t. 25, p. 341 et suiv. ; MM. Aubry et Rau, t. 6, § 593, note 28.—Ces auteurs pensent que la perte de la succession, pour cause d'indignité, constitue, non point, à proprement parler, une *peine*, mais une simple déchéance civile [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 51, se prononce dans ce sens.]]—Comp. M. Laurent, t. 9, n° 21.

(*a*) Telle était l'opinion de Pothier, *Successions*, ch. I, sect. II, art. 4, § 2. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 1er, n° 49, avec la majorité des auteurs, adopte le même avis. Il reconnait, cependant, que l'opinion contraire a prévalu en jurisprudence. Toutefois, le même auteur, dans son *Traité des successions*, t. 1er, n° 321, paraît suivre l'opinion contraire, et décider que l'indignité est encourue de plein droit, non point qu'il ne faille pas un jugement pour la déclarer, mais dans ce sens que ce jugement ne fera constater que ce qui existe. On se base dans cette dernière opinion, sur les termes formels de l'article 610 " sont indignes ", on les compare à ceux de l'art. 608 " sont incapables ". Nous n'avons pas de jurisprudence sur la question, mais je crois que la première opinion doit l'emporter.

les fruits naturels et civils qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession.

[[C'est ce que porte notre article 612 en ces termes :

612. " L'héritier exclu de la succession pour cause d'indi-" gnité, est tenu de rendre les fruits et revenus qu'il a perçus " depuis l'ouverture de la succession " (*a*).]]

Remarquons qu'il est comptable des fruits ou revenus à partir du jour où il a été saisi, *lors même que la cause de son indignité est postérieure au décès du* DE CUJUS. Ainsi, l'héritier qui découvre, un an ou deux après l'ouverture de la succession, que le *de cujus* est mort empoisonné et qui n'en informe pas la justice, cet héritier doit restituer, non seulement les fruits qu'il a perçus depuis qu'il a eu connaissance du meurtre, mais encore ceux qu'il a perçus antérieurement.

Pourtant, dit-on, l'héritier n'a pas été coupable, il a possédé de bonne foi, depuis l'ouverture de la succession jusqu'au jour où il a eu connaissance du meurtre du défunt : dès lors, il a dû faire les fruits siens jusqu'à cette époque. Pourquoi, en effet, ne pas le traiter comme un possesseur ordinaire qui a été de bonne foi d'abord et qui ensuite a cessé de l'être ?—Je réponds que les deux espèces ne sont pas identiques. Le tiers qui possède de bonne foi ne met pas en réserve les fruits qu'il perçoit : il les consomme au jour le jour ; or, s'il était obligé de restituer les fruits qu'il a perçus pendant qu'il était de bonne foi, la masse à restituer serait souvent si considérable qu'il ne pourrait pas, sans éprouver un grand préjudice, faire cette restitution. Une telle obligation serait extrêmement dure, car ce n'est pas lui qui s'est fait la position dans laquelle il se trouve : il n'a eu aucun moyen de s'y soustraire. L'indigne, au contraire, ne peut pas se plaindre qu'on l'oblige à rendre tous les fruits qu'il a perçus depuis l'ouverture de la succession : car, s'il est obligé de faire cette restitution, *c'est qu'il l'a bien voulu.* La loi lui offrait, en effet, un moyen de tout conserver, capital et revenus : il n'avait qu'à *dénoncer à la justice le meurtre du défunt.* Il n'a pas satisfait à ce devoir de famille : la loi le punit, en ne lui laissant aucune portion des biens du parent dont il a trahi la mémoire (1).

2° Toutes les dettes dont le défunt était tenu envers l'in-

(1) Comp. M. Laurent, t. 9, n° 23.

(*a*) Cet article est en substance la copie de l'article 729 du code Napoléon. Ce dernier article dit " tous les fruits et revenus dont il a eu la jouissance," notre article " les fruits et revenus qu'il a perçus."

digne, ou dont l'indigne était tenu envers le défunt, toutes les hypothèques et servitudes que l'indigne avait sur les biens du défunt ou que le défunt avait sur les biens de l'indigne, revivent activement ou passivement, pour ou contre l'héritier exclu. Ces droits actifs et passifs s'étaient éteints par confusion conformément au principe qu'on ne peut être créancier de soi-même (art. 1198), ni avoir une servitude sur sa propre chose (art. 479 et 561) ; mais, l'indigne étant réputé n'avoir jamais été héritier, cette extinction est réputée elle-même n'avoir jamais existé (art. 2078, arg.).

3° [[L'indigne a également le droit de se faire rembourser par ceux qui profitent de son exclusion les dettes qu'il a payées pour le défunt (*a*).]]

V. Des effets de l'indignité à l'égard des tiers. — Elle anéantit la saisine pour l'avenir et la laisse subsister pour le passé.

Elle anéantit la saisine pour l'avenir... Ainsi dès que l'indignité est prononcée, l'indigne cesse d'être héritier à l'égard des tiers. De là il suit :

1° Qu'il n'a plus qualité pour poursuivre les débiteurs du défunt ou les détenteurs des biens héréditaires : ces débiteurs ou détenteurs ne sont pas tenus de discuter avec lui. Ils ne le doivent même pas : car ce qui serait jugé contre lui ne le serait pas contre ceux qui ont fait prononcer l'indignité.

2° Que les paiements qu'il reçoit en qualité d héritier sont nuls. Ainsi, les débiteurs qui payent entre ses mains payent mal : ils continuent d être débiteurs envers ceux qui succèdent à sa place, sauf leur recours contre lui.

3° Que les ventes qu'il passe des biens héréditaires, que les hypothèques ou servitudes qu'il constitue sur eux sont nulles. —Toutefois, l'acheteur de bonne foi d'un meuble individuel de la succession ne peut pas, s'il a été mis en possession, être évincé par ceux qui prennent la place de l'indigne [[si la vente a eu lieu dans un des cas de l'article 2268.]]

Elle la laisse subsister dans le passé... Ainsi, l'héritier *indigne* est réputé avoir été réellement héritier, propriétaire des biens de la succession, depuis le jour où elle s'est ouverte jusqu'au jour où il a été déclaré indigne. Et, en effet, l'indignité est la punition d'une faute ; c'est *à titre de peine* que l'indignité rescinde l'acquisition des biens de la succession. Or,

---

(*a*) Toutes ces solutions sont enseignées par M. Baudry-Lacantinerie, n° 53.

lorsqu'un droit acquis est rescindé à ce titre, il n'est pas anéanti *dans le passé* : il ne cesse que *pour l'avenir*. Autrement, la rétroactivité de la rescision aurait pour conséquence de faire tomber les droits légitimement acquis par les tiers qui ont traité avec le coupable, ou, en d'autres termes, de punir ceux qui n'ont rien à se reprocher. La loi ne peut et ne doit sévir que contre les *coupables* ; toute peine est personnelle comme la faute qu'elle punit. Que l'indigne ne retire de la succession aucun profit, rien de plus juste ; mais les tiers qui ont traité avec lui, pendant qu'il était réellement saisi et propriétaire, ne doivent pas souffrir de sa faute, et ce serait la faire rejaillir sur eux que d'invalider les aliénations, les hypothèques, les baux et locations qu'il a consentis Ainsi les actes qu'ils ont de bonne foi faits avec lui, *avant* [[*l'enregistrement*]] *du jugement d'indignité*, sont maintenus, sauf aux héritiers qui succèdent à sa place à recourir contre lui. L'article 815 fournit à l'appui de ce système un argument décisif (1) (*a*)

VI. Des effets de l'indignité à l'égard des enfants de l'indigne. — [[L'article 613 dit que " les enfants de l'indigne ne sont pas " exclus de la succession pour la faute de leur père, s'ils y sont " appelés *de leur chef* et sans le secours de la *représentation*, " qui n'a pas lieu dans ce cas " (*b*).]]

" Les enfants *appelés de leur chef* ne sont pas exclus pour

---

(1) MM. Dur., t. 6, nº 126 ; Val. ; Dem., t. 3, nº 38 *bis*, IV ; Marc., art. 729 , Aubry et Rau, t. 6, § 593, p. 292 et 293. — *Contra*, M. Demol. (t. 13, nºˢ 310 à 314). Cet auteur applique aux actes passés par l'indigne la théorie qu'il a exposée relativement aux actes passés par l'héritier apparent, dans l'hypothèse prévue par l'article 105 (voy., mon tome 1ᵉʳ, p. 314 et suiv.).

(*a*) Notre article 815 exige que le tiers qui a traité avec le donataire dont la donation a été révoquée pour cause d'ingratitude, ait été de bonne foi. Il ne semblerait que raisonnable d'exiger la même bonne foi ici.

Le même article n'annule les actes faits avec les tiers, qu'à compter de l'enregistrement de la sentence. Je crois qu'il y a lieu d'exiger l'enregistrement ici.

(*b*) Notre article 613 reproduit en substance la première partie de l'article 730 du code Napoléon, sauf qu'il est plus explicite en ajoutant — ce qui d'ailleurs pouvait s'entendre — que la représentation n'a pas lieu dans ce cas.

La seconde partie de l'article 730 du code Napoléon a trait à l'usufruit légal que la loi moderne, en France, accorde au père sur les biens de ses enfants mineurs, et dénie, dans ce cas, l'usufruit au père jugé indigne. Cet usufruit légal n'étant pas admis dans notre droit cette disposition a été omise.

la faute de leur père..." Ce cas ne présente aucune difficulté. Soient deux fils, *Primus* et *Secundus* ; *Primus* renonce à la succession du père commun ; *Secundus* est alors investi, par l'effet du droit d'accroissement, de la succession toute entière (art. 653). Maintenant, qu'on suppose que les enfants de l'héritier renonçant, de *Primus*, font exclure *Secundus* pour cause d'indignité : la succession leur sera-t-elle attribuée toute entière ? Non ! les enfants de l'indigne concourront avec eux : car ils sont, comme eux, descendants du *de cujus*, et comme eux, parents au deuxième degré. La faute de leur père ne peut pas leur nuire, puisqu'ils n'empruntent ni son degré ni ses droits ; ils se présentent de leur chef en vertu d'un droit qui leur est propre (art 625, 2e alinéa).

" *Les enfants de l'indigne sont, au contraire, exclus de la succession, quand pour y prétendre ils sont obligés d'invoquer le secours de la représentation...* " — Soient deux fils *Primus* et *Secundus* ; *Secundus* est, sur la requête de *Primus*, écarté comme indigne. Les enfants de *Secundus* ne peuvent pas, *de leur chef* succéder en concours avec leur oncle *Primus* : car ils sont au deuxième degre, tandis que *Primus* est au premier. Mais peuvent-ils concourir avec lui, *au moyen de la représentation ?* Ils ne le peuvent pas : car, dans l'espèce, leur père, quoique indigne, occupant réellement son degré dans la famille, il ne leur est point possible de se placer dans son degré qui n'est pas vacant. Leur père est vivant, et, aux termes de l'article 624, on ne représente que les personnes décédées *avant* le *de cujus*.

Sur ce point, tout le monde est d'accord. Seulement, on fait observer que, si, dans l'espèce, les enfants ne peuvent point représenter leur père, ce n'est pas parce qu'il est *indigne*, mais c'est parce qu'il est *vivant*, parce qu'il occupe son degré dans la famille.

Changeons donc l'espèce. *Secundus* a porté contre son père une action capitale jugée calomnieuse..., ou il a tenté de lui donner la mort, et il a été condamné comme meurtrier.... *Secundus* meurt, et son père, qui décède quelques jours après, laisse pour parent un fils, *Primus*, et les enfants de son fils coupable et prédécédé : ceux-ci peuvent-ils représenter leur père ? L'affirmative ne serait pas douteuse, si nous ne consultions que les règles ordinaires de la représentation : dans l'espèce, en effet, leur père étant mort avant le *de cujus*, son degré étant vacant, rien ne s'opposerait à la représentation. Mais, comme, aux termes de l'article 613, *l'indigne ne peut pas être*

représente par ses enfants, il semble que la représentation n'est pas possible.

On l'admet cependant. Selon l'opinion générale, l'article 613 ne prévoit pas le cas où le *coupable* est mort *avant* le *de cujus*. L'article 613 le suppose *survivant*, puisqu'il le suppose *indigne :* ceux-là seuls, en effet, peuvent être déclarés indignes, qui ont *acquis* la succession.

Ces mots : " Les enfants de l'*indigne* sont exclus, quand, pour succéder, ils ont besoin de représenter leur père," ces mots doivent donc être ainsi entendus : les enfants de l'indigne ne peuvent pas le représenter, *parce qu'il est vivant*, parce que, tout indigne qu'il est, il occupe réellement son degré dans la la famille. Mais, si le coupable est mort avant le *de cujus*, son degré étant vacant, rien n'empêche ses enfants, qui sont innocents, de l'occuper. Leur père *n'a jamais été indigne :* car l'indignité suppose l'investiture de la succession, et, dans l'espèce, le coupable, étant mort avant le *de cujus*, n'a pas été appelé à lui succéder. La représentation est donc possible, puisque l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes placés n'est régie ni par l'article 613 ni par l'article 624.

Trois objections ont été faites contre ce système :

1° Aux termes de l'article 624, on ne représente pas les personnes vivantes. Donc, l'article 613 entend parler d'une personne décédée avant le *de cujus*. Autrement, sa disposition serait complètement inutile, puisqu'elle ne serait qu'une application du principe général.

Cette objection n'est rien moins que décisive. Il est bien vrai que l'article 613 n'est qu'une application du principe général posé dans l'article 624 ; mais faut il s'en étonner ? La question qui nous occupe ayant été controversée dans l'ancien droit (1), les rédacteurs du code ont dû naturellement s'expliquer sur ce point. Ils ont cru, d'ailleurs, qu'ils devaient expressément limiter le principe que *la faute du père ne nuit point aux enfants*, dans la crainte que, par exagération de ce principe, on ne vint à soutenir qu'un héritier indigne peut être, *quoique vivant*, représenté par ses enfants. Au reste, fût il vrai que la disposition de l'article 613 est inutile, il n'en faudrait rien conclure : car la loi fait souvent elle-même, à des cas particuliers, l'application des règles qu'elle a déjà établies ou qu'elle se propose d'établir. En veut-on la preuve ? Aux termes de l'article 654, les héritiers *renonçants* ne peuvent pas

(1) Voy. Pothier, *Successions*,, ch. 2, sect. I, art. 1er, § 2.

être représentés ; or, n'est-ce pas l'application pure et simple du principe consacré par l'article 624, à savoir qu'on ne représente point les personnes *vivantes ?*

2° Le représentant ne peut succéder qu'en invoquant les droits qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu au *de cujus* (art. 619) ; or, dans l'espèce, si le coupable eût survécu, il n'aurait eu aucun droit à la succession : donc, il ne peut pas être représenté.

La réponse est facile. Le coupable, s'il eût survécu, aurait eu *des droits* à la succession : il en eût été investi, sauf ensuite à en être dépouillé à cause de sa faute. Ses enfants invoquent les droits qu'il aurait eus ; et ces droits, ils les conservent, parce que la faute de leur père ne leur nuit point.

3° Aux termes de l'article 848, C. N (*a*), les petits-enfants qui succèdent en représentant leur père sont tenus de rapporter à la succession les choses que leur père avait reçues du défunt à titre de libéralité ; de même que les représentants succèdent aux droits qu'aurait eus le représenté s'il eût survécu, de même ils succèdent à ses obligations. Or, s'ils doivent subir les résolutions qu'aurait subies le représenté, ils doivent aussi, par une conséquence naturelle, perdre la succession que le représenté lui-même n'aurait pas pu conserver.

On répond : Oui, les représentants doivent subir les résolutions qu'aurait subies le représenté, s'il eût survécu au *de cujus ;* mais il faut excepter de cette décision les résolutions qu'il n'aurait subies qu'*à titre de* PEINE (1).

(*a*) Notre article 716 qui correspond à cet article ne parle pas de représentation.

(1) MM. Val. ; Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 40 ; Dur., t. 6, n° 131 ; Dem., sur l'article 730 C. N. ; Marc., *ibid. ;* Duc., Bonn. et Roust., *ibid. ;* Demol., t. 13, n° 292.

—Le système contraire à celui que je viens d'exposer peut, ce me semble, être soutenu, mais par d'autres arguments que ceux que j'ai fait connaître.

Aux termes de l'article 613, la faute du père ne nuit point aux enfants, lorsqu'ils peuvent succéder de leur chef et sans le secours de la représentation. Il y a donc, d'après le texte même, un cas où la faute du père va leur nuire ! Quel peut-être ce cas ? Evidemment c'est celui où les enfants prétendent à la succession en qualité de *représentants* de leur père.

Dans le système que j'ai exposé, la faute du père *ne nuit jamais* aux enfants ; or, ce résultat est démenti par le texte même de la loi.

J'ajoute que M. Siméon disait formellement, au Conseil d'État,, que l'indignité ne nuit point aux enfants, lorsqu'ils peuvent arriver à la succession, de leur chef et sans représenter l'*odieuse tête* de leur père. Ce n'est donc point parce que leur père est *vivant* qu'on leur refuse le droit

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 69) raisonne comme suit : En disant que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus de la succession par la faute de leur père, quand ils y sont appelés de leur chef et *sans le secours de la représentation*, l'article 613 donne très clairement à entendre qu'ils sont exclus pour cette même faute, s'ils ne peuvent arriver que moyennant le secours de la représentation. Les mots " de leur chef et *sans le secours de la représentation*," dit-il, n'auraient aucun sens, si les enfants ne pouvaient pas plus être exclus pour la faute de leur père dans le dernier cas que dans le premier ; et si telle avait été l'idée du législateur, il serait inconcevable qu'il n'eût pas dit tout simplement : les enfants de l'indigne ne pourront être exclus pour la faute de leur père. Ainsi donc, notre article exclut les enfants de l'indigne, quand ils ne peuvenir à la succession que moyennant le secours ne la représentation. Mais quand peut-il être question pour les enfants de l'indigne de venir à la succession par représentation de leur père ? Evidemment lorsque celui-ci est décédé, car on ne représente pas les personnes vivantes. Donc quand notre article exclut pour la faute de leur père les enfants de l'indigne venant à la succession par représentation de celui-ci, il n'entend pas exclure les enfants de l'indigne vivant mais bien ceux de l'indigne décédé. Dire que les enfants de l'indigne seront exclus pour la faute de leur père quand ils viennent par représentation de celui-ci, c'est supposer qu'ils peuvent venir par représentation ; or, ils ne le peuvent que quand l'indigne est mort avant l'ouverture de la succession ; donc c'est dans cette hypothèse que la loi les exclut. M. Baudry-Lacantinerie invoque également le principe que le représentant ne saurait avoir plus de droits que le représenté. Or le représenté n'aurait eu aucun droit s'il eût survécu, puisqu'il est mort en état d'indignité. Donc le représentant ne peut en exercer de son chef.

---

de le représenter ; on le leur refuse afin qu'ils ne représentent pas sa tête *odieuse*. Dès lors, qu'importe que leur père soit mort ou vivant ? Dans l'un comme dans l'autre cas, sa tête odieuse ne peut pas être représentée.

Quant à l'argument tiré du mot *indigne*, je n'en suis pas touché. Le sens de ce mot n'est pas, en effet, légalement déterminé ; et ce qui le prouve, c'est que les anciens auteurs l'appliquaient tantôt à l'héritier réellement exclu de la succession pour cause d'indignité, tantôt au parent coupable.

Voy., en ce dernier sens, MM. Aubry et Rau, t. 6, § 597, p. 301, note 12, et les autorités qu'ils citent. Voy. aussi M. Laurent, t. 9, n° 72. [[On emarquera, au texte, que je crois devoir suivre le système qui est enseigné par la majorité des auteurs.]]

M. Baudry-Lacantinerie répète cette opinion dans son *Traité des Successions*, t. 1er, n° 437. Il admet donc implicitement qu'on peut faire déclarer indigne une personne qui est décédée avant le *de cujus* et qui, partant, n'a jamais été saisie de la succession du défunt. Mourlon, dans son texte, enseigne le contraire et sur ce point j'adopte son avis (*a*). Je puis ajouter que M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, n° 342, reconnaît lui-même que l'action en indignité ne s'ouvre que lors du décès du *de cujus*, même dans l'opinion qui considère l'indignité comme s'opérant de plein droit. Si le coupable est décédé avant l'ouverture de la succession, il n'a jamais été héritier.

Je crois que pour ceux qui tiennent—ainsi que je le fais—que celui-là seul peut être déclaré indigne qui a succédé, la solution de la majorité des auteurs s'impose. Si le coupable prédécède, il n'a jamais été indigne, donc l'article 613, qui parle des enfants de l'*indigne*, ne s'applique pas. Je reconnais bien qu'on rend ainsi inutile la disposition de cet article, puisque celui qui a été saisi d'une succession—et pour en être saisi, il faut être vivant à son ouverture—ne peut être représenté, car il occupe son degré dans la famille et on ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement avant le *de cujus* (art. 624). Il y a eu peut-être là une distraction du législateur, mais il est impossible d'appliquer l'article 613 quand il n'y a pas eu indignité, et l'indignité suppose nécessairement — suivant l'opinion que j'adopte — que le coupable a survécu au *de cujus*. S'il a été condamné à mort avant l'ouverture de la succession, il peut être représenté, car il n'a pas été saisi de la succession (art. 36), et la mort civile donne lieu à la représentation comme la mort naturelle.]]

VII. Des différences entre une personne incapable de succéder et un héritier coupable contre lequel l'indignité n'a pas encore été prononcée. —1° L'héritier qui n'est pas encore, mais qui peut être déclaré indigne, est assimilé à un possesseur de *mauvaise foi*, et il est traité comme tel, même pour le temps pendant lequel il n'était pas coupable. L'incapable, au contraire, peut être de bonne foi. De là toutes les différences que la loi établit entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi (art. 411, 417, et par analogie les art. 1050 et 1051).

2° L'héritier contre lequel l'indignité n'a pas encore été pro-

---

(*a*) Voy. *supra*, p. 268.

noncée est réellement héritier saisi, et, à ce titre, investi de tous les droits actifs et passifs du *de cujus*. Il peut donc actionner les débiteurs du défunt et les détenteurs des choses héréditaires. Tout ce qui est jugé pour ou contre lui est jugé pour ou contre ceux qui succéderont à sa place, en l'excluant comme indigne. Les ventes qu'il passe, les hypothèques ou servitudes qu'il constitue, les transactions qu'il fait. sont valables. — L'incapable, au contraire, n'est pas saisi, il n est pas héritier. Ainsi, il n'a pas qualité pour poursuivre les débiteurs du défunt ou les détenteurs de choses héréditaires. Les tiers poursuivis par lui peuvent lui répondre : " Vous n'avez pas qualité pour agir ; nous ne vous reconnaissons pas pour adversaire." S'il est poursuivi comme héritier, il. n'a pas qualité pour défendre ; et, s'il défend, soit parce qu'il est de mauvaise foi, soit parce qu'il ignore son incapacité, ce qui est jugé contre lui ne l'est point contré l'héritier qui plus tard justifie de son droit à la succession. Les aliénations qu'il consent, les hypothèques ou servitudes qu'il constitue, sont consenties et constituées *a non domino*, et sont, par conséquent, nulles. Tous les actes qu'il a faits sont anéantis dès que son incapacité est constatée.

J'en excepte toutefois : 1° les payements que les débiteurs héréditaires ont faits de bonne foi entre ses mains (*a*) ; 2° les aliénations de meubles corporels, si les acquéreurs sont de bonne foi et s'ils [[les ont acquis dans les circonstances prévues par l'article 2268.]]

CHAPITRE III. — Des divers ordres de successions.

Section I. — Dispositions générales.

Deux conditions sont requises pour succéder en qualité d'héritier légitime. Il faut : 1° avoir la capacité générale de succéder (art. 608) ; 2° être parent du *de cujus*, dans l'ordre et au degré que la loi établit pour les successions.

[[Il a été traité de la capacité générale dans le chapitre qui précède. Quant à la parenté, l'article 614, qui sert d'entrée en matière, porte que " les successions sont déférées aux enfants " et descendants du défunt, à ses ascendants et à ses parents

---

(*a*) C'est la disposition formelle de l'article 1145.

" collatéraux, dans l'ordre et suivant les règles ci-après déter-
" minées " (*a*).]]

La *parenté* est le lien qui existe entre deux personnes qui descendent l'une de l'autre, ou qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun.

La *ligne* est le lien qui rattache les uns aux autres les membres d'une même famille. La ligne est *directe* ou *collatérale* : la première comprend les personnes qui descendent l'une de l'autre, la deuxième celles qui, sans descendre l'une de l'autre, descendent d'un auteur commun.

La ligne directe est *descendante* ou *ascendante* : la première est celle qui lie le chef de la famille avec ceux qui descendent de lui ; la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend (*b*).

La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations qui séparent un parent de l'autre ; chacune de ces générations s'appelle *degré* (*c*).

Il y a, en ligne directe, autant de *degrés* qu'il y a de générations entre les personnes. Ainsi, le fils est au premier degré à l'égard de son père ; le petit-fils, au second degré à l'égard de son grand père (*d*).

En ligne collatérale, les degrés se comptent également par

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 731 du code Napoléon.

(*b*) L'article 616, copié sur l'article 736 du code Napoléon, est en ces termes :—

616. " La suite des degres forme la ligne.
" On appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui des-
" cendent l'une de l'autre ; ligne collatérale, la suite des degrés entre
" personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descen-
" dent d'un auteur commun.
" La directe se divise en ligne directe descendante et en ligne directe
" ascendante.
" La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui ;
" la deuxième est celle qui lie la personne avec ceux de qui elle descend."

(*c*) L'article 615 se lit comme il suit :—

615. " La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations :
" chaque génération forme un degré."
Sauf la substitution du mot " forme " pour " s'appelle ", c'est la copie textuelle de l'article 735 du code Napoléon.

(*d*) C'est ce que dit l'article 617, copie textuelle de l'article 737 du code Napoléon.

617. " En ligne directe l'on compte autant de degrés qu'il y a de géné-
" rations entre les personnes ; ainsi le fils est à l'égard du père au premier
" degré, le petit-fils, au second ; et réciproquement du père et de l'aïeul
" à l'égard du fils et du petit-fils."

les générations, depuis l'un des collatéraux jusque et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre collatéral. Ainsi, deux frères sont au second degré : car il faut deux générations pour former la parenté qui est entre eux. L'oncle et le neveu sont au troisième degré : car il faut trois générations pour former cette parenté, deux pour monter de la personne du neveu à l'auteur commun, et une pour descendre de l'auteur commun jusqu'à l'oncle. Deux cousins germains sont au quatrième degré : car il faut quatre générations pour former cette parenté, deux pour monter de l'un des cousins à l'auteur commun et deux pour descendre de l'auteur commun jusqu'à l'autre cousin (*a*).

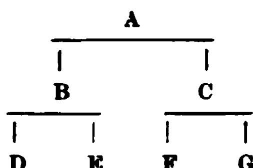
(*a*) L'article 618, copie de l'article 738 du code Napoléon, explique comme il suit la manière de compter les degrés en ligne collatérale :

618. " En ligne collatérale les degrés se comptent par les générations " depuis l'un des parents jusqu'à et non compris l'auteur commun, et " depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent.

" Ainsi deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu sont " au troisième, les cousins germains au quatrième, et ainsi de suite."

On remarquera que, pour compter les degrés de parenté, en matière de successions, notre code suit la computation du droit civil, alors que, lorsqu'il s'agit des empêchements de mariage pour cause de parenté, l'on suit la computation du droit canon. Voy. mon tome 1er, p. 361, pour l'explication des deux modes de calcul.

On se rendra facilement compte de ces différences par le tableau qui suit :



A, l'aïeul a deux enfants, B et C. Il a quatre petits-enfants, D, E, F et G. La ligne directe descendante se compte de A jusqu'à D et E d'un côté, et jusqu'à F et G de l'autre. La ligne directe ascendante, remonte de D, E, F, et G jusqu'à A. S'il s'agit de la parenté en matière de succession, il y a deux degrés en ligne directe, depuis les petits-enfants jusqu'à l'aïeul. En ligne collatérale, B et C, les deux frères, sont au deuxième degré, puisqu'on remonte de B jusqu'à A et qu'on descend de A à C. De B, l'oncle, à F et G, les neveux, il y a trois degrés. Enfin, entre E et G, cousins germains, il y a quatre degrés.

Au contraire, s'il s'agissait d'empêchements de mariage, on appliquerait la computation du droit canon, en comptant autant de degrés qu'il y a de générations entre l'ancêtre et le descendant le plus éloigné. Ainsi B et C sont au premier degré, D et E d'une part et F et G d'autre part sont au deuxième degré. Il y a également deux degrés entre B et F.

Les parents sont *paternels* ou *maternels*, ou tout à la fois *paternels* et *maternels*.

Nos parents *paternels* sont : notre père d'abord, et tous les parents (*paternels* ou *maternels*) de notre père. Ainsi j'ai pour parents paternels, non pas seulement les parents paternels de mon père, mais aussi tous ses parents maternels.

Nos parents *maternels* sont : notre mère d'abord, et tous les parents (*paternels* ou *maternels*) de notre mère. Ainsi tous les parents de ma mère, même ses parents paternels, sont mes parents maternels.

Entre deux personnes, le rapport de parenté peut n'être pas le même pour l'une et pour l'autre : l'une peut être parente *paternelle* de l'autre, et celle-ci parente *maternelle* de la première. Ainsi, le fils de ma tante paternelle (c'est-à dire de la sœur de mon père) est mon cousin paternel : car il est le parent (le neveu) de mon père. Je suis, au contraire, son cousin maternel : car je suis le parent (le neveu) de sa mère.

Nos parents *paternels* et *maternels* sont ceux qui, tout à la fois, sont parents de notre père et parents de notre mère. Ainsi, lorsqu'un oncle épouse sa nièce, l'enfant né de ce mariage a pour parent paternels et maternels tous ceux qui sont parents de son père ou de sa mère, par exemple, les frères et sœurs de sa mère : car ils sont en même temps les neveux ou nièces de son père.

On nomme *consanguins* les parents paternels, *utérins* les parents maternels, *germains* les parents qui sont en même temps parents paternels et parents maternels. Ainsi, sont frères *consanguins* les enfants qui, nés du même père, ont chacun une mère différente ; *utérins*, les enfants qui, nés de la même mère, ont chacun un père différent ; *germains*, les enfants nés du même père et de la même mère.

La loi divise les parents en plusieurs catégories ou ordres. On appelle *ordres de succession* les différentes classes de parents que la loi désigne hiérarchiquement comme héritiers.

Le code distingue trois ordres de succession : 1° l'ordre des descendants ; 2° l'ordre des ascendants ; 3° l'ordre des collatéraux.

L'ordre des ascendants se subdivise . on distingue les ascendants ayant la qualité de *père* ou *mère*, et les ascendants autres que père ou mère. Les premiers sont *privilégiés*, en ce sens que la loi leur accorde [[un avantage que n'ont pas les autres, c'est que les *père* et *mère* du *de cujus* concourent avec ses frères et sœurs ou leurs enfants (art. 626) ; les ascendants autres

que père et mère sont, au contraire, exclus par les frères et sœurs ou leurs enfants (art. 632).

Le code Napoléon (art. 754) reconnaît aux père et mère un autre privilège dont ils ne jouissent pas dans notre droit, c'est qu'en concours avec les collatéraux ordinaires de l'autre ligne, le père ou la mère, suivant le cas, enlève un tiers en usufruit de la portion attribuée aux collatéraux.]]

L'ordre des collatéraux se subdivise : on distingue les collatéraux ayant la qualité de *frères* et *sœurs* ou [[*neveux* et *nièces*, enfants de ces frères et sœurs]], et les collatéraux autres que frères et sœurs [[ou leurs enfants au premier degré.]] Les premiers sont *privilégiés*, en ce sens que la loi leur accorde [[deux]] avantages que n'ont pas les autres :

1° Les frères et sœurs ou [[leurs enfants]] concourent avec les père et mère (art. 626) ; les père et mère excluent, au contraire, les [[autres]] collatéraux.

2° Les frères et sœurs ou [[leurs enfants]] excluent les ascendants autres que père et mère, même de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas : ainsi, un frère *utérin* exclut un aïeul *paternel*, et, réciproquement, un frère *consanguin* exclut un aïeul *maternel* (art. 632) ; les ascendants excluent, au contraire, les collatéraux *ordinaires* de leur ligne (art. 634).

— On peut donc dire, bien que la loi n'en reconnaisse textuellement que *trois*, qu'il y a *cinq* classes de parents, savoir : —

1° Les descendants ;

2° Les ascendants *privilégiés*, c'est-à-dire les ascendants ayant la qualité de père ou de mère ;

3° Les ascendants autres que père ou mère, [[ou les ascendants *ordinaires* ;]]

4° Les collatéraux *privilégiés*, c'est-à-dire les frères et sœurs ou [[leurs enfants]] ;

5° Les collatéraux *ordinaires*.

[[Dans notre droit, comme dans le droit français moderne, la loi détermine la vocation à la succession d'après la *qualité* des *parents* que laisse le *de cujus ;* elle ne considère ni la *nature* ni l'*origine* des biens pour en régler la dévolution (voy. l'art. 599, *supra*, p. 255).

Le principe de l'ancien droit *paterna paternis, materna maternis*, a été écarté, mais à sa place on a imaginé une *fente* que ne connaissait pas l'ancienne jurisprudence ; c'est la règle *dimidium paternis, dimidium maternis*, en vertu de laquelle une moitié de la succession va à la ligne paternelle et l'autre

moitié à la ligne maternelle. Il n'y avait pas lieu de s'occuper de cette règle pour la succession déférée aux descendants, qui sont à la fois parents paternels et maternels du *de cujus*, puisque comme lui ils descendent de son père et de sa mère. Mais le code Napoléon l'applique aux successions déférées aux ascendants et aux collatéraux, et sous l'empire du code français, le père même, quand il est seul et que le *de cujus* n'a laissé ni descendants, ni frères ni sœurs, ni neveux ni nièces, ne prend que la moitié de la succession, dont l'autre moitié peut aller à un parent maternel au douzième degré du défunt. En effet, l'article 733 C. N., porte que " toute succession échue à des ascen- " dants ou à des collatéraux, se divise en deux parties égales : " l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les " parents de la ligne maternelle.—Les parents utérins ou con- " sanguins ne sont pas exclus par les germains ; mais, ils ne " prennent part que dans leur ligne, sauf ce qui sera dit à " l'article 752 (*a*). Les germains prennent part dans les deux " lignes.—Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, " que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de " l'une des deux lignes." Et l'article 734 du code Napoléon ajoute que "cette première division opérée entre les lignes " paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre " les diverses branches ; mais la moitié dévolue à chaque ligne " appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en " degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit " ci après."

Ces articles n'ont pas été reproduits par notre code. Les codificateurs pourtant n'ont pas rejeté le système de la *fente* ou division de l'hérédité en deux parts égales, l'une pour la branche paternelle et l'autre pour la branche maternelle. " Cette " déférence du code (Napoléon), disent-ils, aux idées et usages " des coutumes a paru raisonnable et devoir avoir son applica- " tion en ce pays, où les notions en vigueur dans la coutume " de Paris ont pris des racines tellement profondes, qu'il serait " difficile et nuisible de les rompre." Et ils ajoutent que ce sont les principes adoptés par le code français qu'ils se proposent de suivre dans le présent titre, " sauf quelques altérations " qui seront indiquées à mesure qu'elles se présenteront."

Ces altérations sont pourtant essentielles Si la *fente* n'a pas été rejetée, elle n'a pas non plus été érigée en système. La déclaration générale de l'article 733 du code Napoléon a été

(*a*) Cet article correspond à notre article 633.

omise et la *fente* n'est admise, dans les successions déférées aux ascendants et aux collatéraux, que quand les seuls héritiers qui existent sont, soit des ascendants plus éloignés que les père et mère, soit des collatéraux autres que les frères et sœurs, neveux ou nièces au premier degré (art. 629, 634).

Le principe du deuxième alinéa de l'article 733 du code Napoléon, qui dit que les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains, mais qu'ils ne prennent part que dans leur ligne, peut être admis dans notre droit. Il en était autrement dans la plupart des coutumes de l'ancienne France et ce droit d'exclusion était connu sous le nom de *privilège du double lien* (*a*). Nous trouvons l'énonciation du principe de ce partage entre parents germains d'une part et parents consanguins et utérins de l'autre, dans notre article 633, qui ne parle, il est vrai, que des frères et sœurs, neveux et nièces, mais il semble qu'on devrait étendre son principe aussi loin que cette différence se fait sentir. Ainsi A et B, frères germains, et C, leur frère consanguin, sont tous trois décédés, et il s'agit de distribuer la succession de A à ses petits-neveux, les petits-enfants de B et de C, ses seuls héritiers. Les petits-enfants de C n'appartiennent qu'à la ligne paternelle de A ; ceux de B, au contraire, sont des deux lignes et devraient, à mon avis, avoir double part, comme si la succession était partagée entre B et C. Ils ne peuvent pas avoir plus de droits que ceux dont ils sont issus.

Quant à la dernière partie de l'art. 733 C. N., qui porte qu'il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre que lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des deux lignes, nul doute que ce principe doit être admis dans notre droit quand il n'y a ni ascendant ni collatéral privilégié, car il ne fait que dire autrement ce que déclare le deuxième alinéa de notre article 635.

L'article 734 du code Napoléon, quoiqu'il ne soit pas reproduit par notre code, doit également être accepté comme énonçant la doctrine de notre droit, car la règle qu'il pose est consacrée par nos articles 629 et 634. La *refente* n'existe pas plus dans notre droit que sous le code Napoléon.

J'ai voulu étudier spécialement les articles 733 et 734 du code Napoléon—dispositions qui jouent un grand rôle dans le

---

(*a*) Voy, Pothier, *Successions*, ch. II, sect. III, art. 2.
Remarquons que ce privilège, fondé sur la Novelle 84, était rejeté par la coutume de Paris, art. 340 et 341.

droit français moderne—afin que le lecteur puisse saisir ce que ces articles ont de conforme à notre droit. Cependant, comme nos codificateurs ne les ont pas reproduits, je n'ai pas voulu ériger en principe ou traiter comme point de départ, ce qui, dans ces articles, s'harmonise avec notre jurisprudence. Notre code en fait l'application, comme je l'ai dit, et il suffira d'étudier ces applications et d'en tenir compte en temps et lieu. Pour cette raison, je n'ai pas reproduit le commentaire de Mourlon sur les articles 733 et 734, mais je puis citer une partie de ses conclusions.]]

La loi, dit-il, divise les héritiers en plusieurs classes. Il ne faut donc pas opposer parent à parent, et dire : Celui-là est appelé à la succession qui est le parent le plus proche du *de cujus*. Ce sont les classes de parents qu'il faut opposer les les unes aux autres : la première classe exclut la seconde ; la seconde, qui est exclue par la première, passe avant la troisième.... De là il résulte qu'un parent de la première classe exclut les parents de la seconde, quoiqu'il soit à un degré plus éloigné que les parents de la classe inférieure. C'est ainsi que les *descendants*, qui sont de la première classe, excluent toujours les frères et sœurs, qui sont de la seconde : le frère, qui est au second degré du *de cujus*, peut se trouver écarté par un parent au troisième degré, par un arrière-petit-fils.

En resumé, il faut s'attacher d'abord à la qualité des parents, voir s'ils sont descendants, ascendants, frères ou sœurs, [[enfants]] de frères ou sœurs, ou enfin collatéraux ordinaires, c'est-à-dire s'ils sont de la première, de la seconde, de la troisieme, de la quatrième ou de la cinquième classe. La classe de parents habiles à succéder étant connue, alors se présente le privilège de la proximité du degré : les parents les plus proches sont les héritiers.

Toutefois, la *représentation* étant admise dans certains ordres (l'ordre des descendants et l'ordre des frères et sœurs ou [[neveux et nièces au premier degré]]), et l'effet de la représentation étant de faire monter un parent d'un ou de plusieurs degrés, ceux-là sont héritiers, dans cette classe, qui, soit en réalité, soit par l'effet de la représentation sont plus proches en degré (art. 619 et suiv.).

SECTION II. — DE LA REPRÉSENTATION.

I.—*Définition.*

[[L'article 619 définit la représentation en ces termes : " La " représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire " entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans " les droits du représenté " (*a*).]] Cette définition peut être critiquée sous plusieurs rapports :

1° Elle ne fait pas connaître quelles personnes peuvent être représentées ou représentants ;

2° Les mots *place* et *degré* sont synonymes en matière de succession : l'un des deux est donc superflu ;

3° Il n'est pas exact de dire que le représentant entre *dans les droits du représenté.* On ne représente, en effet, que ceux qui sont morts [[naturellement ou civilement]] *avant* le *de cujus* (art. 624) ; or, aux termes de l'article 608, les personnes qui avaient cessé d'exister au décès du *de cujus*, n'ont aucun droit à sa succession : en cessant de vivre, elles ont cessé d'être capables. Le représenté n'a donc eu aucun droit à la succession du *de cujus.* Il fallait dire : *dans les droits qu'aurait eus le représenté, s'il eût survécu au* DE CUJUS ;

4° Enfin, quelques personnes font remarquer qu'il est puéril de considérer la représentation comme un *fiction.* La loi, disent-elles, commande, ordonne ; elle n'a pas besoin de feindre, elle dispose directement. La représentation est donc une *disposition favorable de la loi* ; et, s'il y a fiction, elle consiste seulement en ce que plusieurs personnes (les représentants) ne comptent que pour une (le représenté) (1).

Cependant de très bons esprits maintiennent le mot *fiction.* La représentation, disent-ils, est bien, en effet, une fiction, puisqu'elle fait revivre dans la personne de ses enfants une personne décédée. L'emploi du mot *fiction,* disent MM. Demante et Demolombe, offre un avantage : car le législateur, en annonçant qu'il feint des faits qui ne sont pas réels, exprime brièvement sa pensée, qui est de conserver pour ce cas supposé toutes les conséquences qu'il faudrait tirer de ces faits s'ils étaient réels.

Au reste, que la représentation soit une disposition ou qu'elle

---

(1) M. Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 38.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 739 du code Napoléon.

soit une fiction de la loi, peu importe : dans l'un comme dans l'autre système, le représentant prendra toujours tous les droits et charges, mais ne prendra que les droits et charges qu'aurait eus ou dont aurait été tenu le représenté, s'il eût survécu au *de cujus*.

On peut la définir : *une disposition de la loi, en vertu de laquelle les descendants, soit d'un fils ou d'une fille, soit d'un frère ou d'une sœur du* DE CUJUS, *montent dans le degré que leur ascendant, par son prédécès, a laissé vacant dans la famille, et sont, en conséquence, appelés à succéder à sa place, c'est-à-dire à prendre toute la part, mais rien que la part, à laquelle il aurait eu droit s'il eût survécu.* Ou, plus simplement : *un privilège introduit en faveur de certains parents, et dont l'effet est de les faire monter d'un ou de plusieurs degrés, afin de les placer au même rang qu'un autre parent plus proche qu'eux.*

II.—*Motifs de la représentation.—Dans quel cas elle a lieu, et à quelles conditions.—Quels parents peuvent être représentés ou représentants.*

L'ordre des successions a été réglé d'après l'ordre naturel des affections : dans chaque ordre et dans chaque ligne, le parent le plus proche est appelé à succéder, parce que la loi présume que le défunt avait pour lui une affection plus vive que celle qu'il accordait à ses parents plus éloignés. Le droit de représentation est fondé sur la même idée : la loi l'accorde à certains parents qui sont présumés avoir succédé, dans le cœur du défunt, à toute la tendresse qu'il avait pour un autre parent prédécédé.

[[Il y a lieu, sous ce rapport, à distinguer la ligne directe descendante, la ligne directe ascendante et la ligne collatérale. Dans le premier cas la représentation a lieu à l'infini, dans le second cas elle n'est pas admise du tout, dans le troisième, elle est limitée au cas où des neveux ou nièces concourent avec leurs oncles ou tantes.

1° *Ligne directe descendante*]] — Le père qui a la douleur de perdre son fils reporte sur la personne des descendants de ce fils toute la tendresse qu'il lui accordait ; ils ont dans son cœur la même place que leur père occupait : il est juste, par conséquent, qu'ils aient dans sa succession les mêmes droits qu'aurait eus leur père, s'il eût vécu. Ainsi les *fils ou filles du* DE CUJUS *sont représentés par leurs descendants.*

[[L'article 620 étend cette représentation des descendants directs à l'infini. Il se lit comme il suit :

620 " La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe " descendante.

" Elle est admise soit que les enfants du défunt concourent " avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit que tous les " enfants du défunt, étant morts avant lui, les descendants de " ces enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou in- " égaux " (*a*).

2° *Ligne directe ascendante.*]] — Les ascendants ne remplacent pas dans le cœur d'un fils le père ou la mère qu'il a vu mourir. Plus nos ascendants sont éloignés, moins est vive l'affection que nous avons pour eux. L'ascendant le plus proche doit, en conséquence, exclure, dans chaque ligne, les ascendants plus éloignés. *Ainsi, l'ascendant prédécédé n'est pas représenté par ses propres ascendants.*

[[C'est la disposition de l'article 621, copié en substance sur l'article 641 du code Napoléon, et qui est en ces termes :

621. " La représentation n'a pas lieu en faveur des ascen- " dants ; le plus proche dans chaque ligne exclut le plus " éloigné."

3° *Ligne collatérale.*—Dans l'ancien droit, il y avait sous ce rapport à distinguer trois classes de coutumes. La première classe, peu nombreuse, rejetait entièrement la représentation en ligne collatérale. La seconde, comprenant les coutumes de Paris et d'Orléans, et formant le droit commun, l'admettait entre les oncles et tantes d'un côté, et les neveux et nièces, de l'autre, mais ne l'étendait pas au-delà. Enfin, la troisième classe de coutumes admettait la représentation à l'infini. L'article 320 de la coutume de Paris, qui a été presque textuellement reproduit par notre article 622, portait que, " en ligne " collatérale, représentation a lieu quand les neveux et nièces " viennent à la succession de leur oncle ou tante, avec les " frères et sœurs du décédé. Et au dit cas de représenta- " tion, les représentants succèdent par souches et non par " têtes." Le code Napoléon a refusé d'admettre la représentation à l'infini en ligne collatérale, mais il en a étendu le bénéfice aux descendants à l'infini du frère ou de la sœur décédé, partant aux petits-neveux et arrière-petits-neveux (art. 742. C. N.) Notre article 622, qui n'est que l'expression de l'ancien droit tel que réglé par la coutume de Paris, se lit comme il suit :—

(*a*) C'est la copie de l'article 740 du code Napoléon.

622. " En ligne collatérale la représentation est admise " dans le cas seulement où des neveux et nièces viennent à la " succession de leur oncle ou tante concurremment avec les " frères et sœurs du défunt."

Donc, les neveux et nièces seuls bénéficient de la représentation. Les descendants de ces neveux et nièces, les petits-neveux ou petites-nièces, ne peuvent représenter leur grand-père ou grand'mère à la succession de leur grand-oncle ou grand'tante (*a*). Dans notre droit l'affection de l'oncle ou tante n'est pas censée s'étendre plus loin que les neveux et nièces ; si le *de cujus* veut que ses petits-neveux ou ses petites-nièces viennent à sa succession, il n'a qu'à faire un testament qui leur reconnaisse ce bénéfice.]]

Dans l'ordre des collatéraux, autres que les frères et sœurs ou [[les neveux et nièces, quand ils viennent à la succession de leur oncle ou tante, concurrement avec les frères et sœurs du défunt]], le collatéral le plus proche est celui que le *de cujus* affectionnait le plus : c'est donc lui qui, dans chaque ligne, succédera à l'exclusion des collatéraux plus éloignés. Ainsi, le collatéral prédécédé, s'il n'est pas le frère ou la sœur du *de cujus*, ne sera pas représenté par ses enfants.

On voit que la représentation a lieu : 1° dans l'ordre des descendants ; 2° dans l'ordre des frères et sœurs, ou [[leurs enfants]] ;—qu'elle n'a pas lieu, au contraire : 1° dans l'ordre des ascendants ; 2° dans l'ordre des collatéraux autres que frères ou sœurs, ou [[leurs enfants au premier degré.]]

Ainsi, peuvent être représentés par leurs descendants : 1° les descendants ; 2° les frères ou sœurs du *de cujus*, [[mais dans ce cas, la représentation ne s'étend qu'au premier degré.]]

Toutefois les descendants, les frères ou sœurs du *de cujus*, ne peuvent être représentés qu'autant qu'ils sont morts [[naturellement ou civilement]] *avant* lui : car s'ils survivent, [[en conservant leurs droits civils,]] leur degré, n'étant pas vacant, ne peut pas être occupé par leurs descendants. De là la règle qu'on ne représente pas les personnes *vivantes*, et de là cette conséquence qu'on ne représente pas les héritiers qui ont été, soit par l'effet d'une *renonciation*, soit par suite d'un jugement d'*indignité*, exclus de la succession (*b*). Ainsi, Paul a laissé

(*a*) Conformément à ce principe, la cour de révision a décidé, dans la cause de *Forbes* v. *Burns*, que la représentation en ligne collatérale ne s'étend pas aux petits-neveux (21 R. L., p. 203).

(*b*) C'est la disposition de l'article 624, copie textuelle de l'article 744 du code Napoléon, qui se lit comme il suit :

un fils vivant, *Primus*, et les enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus* ; *Primus* renonce : les enfants de *Secundus* succéderont seuls, ils excluront les enfants de *Primus* : car ces enfants, ne pouvant point représenter leur père qui est vivant, restent au deuxième degré, tandis que les enfants de *Secundus* sont élevés au premier par le bienfait de la représentation.

Enfin, lors même que les fils ou filles, frères ou sœurs du *de cujus*, sont prédécédés, la représentation n'a pas lieu, si leurs enfants n'ont pas, de leur chef, une vocation propre et personnelle à la succession du *de cujus* : la représentation n'est, en effet, qu'un secours, un *auxiliaire*, que la loi accorde à certains parents qui sont habiles à succéder, mais qui seraient primés, si elle n'était admise, par des parents plus proches. Il faut donc, pour succéder par *représentation*, avoir une vocation propre et personnelle (1).

Ainsi, point de représentation au profit de ceux qui sont déclarés indignes.

[[On se demande, en France, si les enfants naturels peuvent représenter leur père ou leur mère, et on répond que non. La question ne peut pas même se poser dans notre droit, les enfants naturels ne succédant jamais dans les successions *ab intestat*.]]

Au reste, il n'est pas nécessaire d'être *héritier* d'une personne pour la représenter ; il suffit d'être son *descendant*. Mon père meurt et je renonce à sa succession : je le représenterai néanmoins dans la succession de mon aïeul paternel lorsqu'elle sera ouverte. Cela se conçoit : le droit de représentation ne faisait point partie de la succession de mon père ; ce n'est pas de lui que je le tiens, je le tiens de la loi. C'est un droit qui est né dans ma personne : dès lors, peu importe que je sois ou non l'*héritier* de mon père. Je suis toujours son *descendant*, et c'est en cette qualité que j'ai le droit de le représenter. De là la règle qu'on peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 624 *in fine*).

On ne représente pas *per saltum et omisso medio*. Il faut, pour arriver jusqu'au premier degré, que le représentant puisse passer par tous les degrés intermédiaires : si donc l'un d'eux

---

624. " On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement ' celles qui sont mortes naturellement ou civilement.

" On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé."

(1) M. Val. " Puisque le représentant succède, dit M. Laurent, (t. 9, nº 65), il s'ensuit qu'il doit avoir les qualités requises pour succéder."

est occupé, la représentation n'a pas lieu. Exemple : Paul a deux enfants, *Primus* et *Secundus* ; *Secundus* prédécède, laissant un fils *Tertius*, un petit-fils *Quartus* ; Paul étant mort, *Tertius*, qui aurait pu, en représentant son père *Secundus*, concourir avec son oncle *Primus*, a renoncé à la succession, ou, si l'on veut, il en a été exclu comme indigne : *Quartus* ne pourra pas concourir avec son grand-oncle *Primus*, en représentant son grand-père *Secundus*. Il faudrait, en effet, pour le représenter, prendre la place de *Tertius* ; or, cela est impossible : car *Tertius* étant *vivant*, sa place n'est pas vacante.

Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère *par souche*, c'est à dire en autant de portions égales qu'il y a de souches : les représentants, en si grand nombre qu'ils soient, ne prennent que la part à laquelle aurait eu droit le représenté s'il eût survécu.

La part attribuée à chaque souche se partage elle-même *par tête*, si tous les représentants sont aux premier degré vis-à-vis du représenté ; *par souche*, dans l'hypothèse contraire (*a*).

Nous connaissons la théorie générale de la représentation. Rendons-la plus claire par quelques espèces empruntées au texte de nos articles.

La représentation a lieu à l'infini en ligne directe descendante... (art. 620). L'enfant du *de cujus* peut donc être représenté par ses enfants, petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc.

Elle est admise dans tous les cas... (même art. 620) (*b*), c'est-à-dire :

1° *Soit qu'elle ait pour résultat de faire concourir les descendants d'un fils ou d'une fille prédécédée, avec un autre fils ou une autre fille du défunt*. Exemple. Le *de cujus* a laissé un fils vivant, *Primus*, et les enfants d'un autre fils prédécédé, *Secundus* : les enfants de *Secundus* peuvent le représenter, à l'effet de concourir avec leur oncle *Primus*. Mais, à eux tous, ils ne prennent que la part que leur père aurait prise s'il eût

---

(*a*) L'article 623, copie de l'article 743 du code Napoléon, se lit comme il suit :

623. "Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage "s'opère par souches ; si une même souche a plusieurs branches, la "subdivision se fait aussi par souche dans chaque branche, et les membres "de la même branche partagent entre eux par tête."

(*b*) Notre article 620 ne contient pas les mots "dans tous les cas," qui du reste n'ajoutent rien à la disposition, tous les cas possibles ayant été prévus par le législateur.

survécu : car, si le prédécès de *Secundus* ne doit pas profiter à *Primus*, il ne faut pas non plus qu'il lui soit préjudiciable. Ainsi le partage se fait par souche et non par tête : moitié à *Primus*, moitié aux enfants de *Secundus* ;

2° *Soit qu'elle ait pour résultat de faire concourir des descendants qui sont entre eux à des degrés inégaux du* DE CUJUS... Paul avait deux fils qui sont morts avant lui, *Primus* et *Secundus* ; *Primus* a laissé un fils et *Secundus* deux enfants d'un fils prédécédé : les petits-fils de *Secundus*, qui sont au *troisième* degré du *de cujus*, concourent avec le fils de *Primus*, quoique ce fils soit au *second* : car, par le bienfait de la représentation, la différence des degrés se trouve effacée. Le partage se fait par souche, moitié pour l'enfant de *Primus*, moitié pour les petits-enfants de *Secundus* ;

3° *Soit qu'elle ait pour resultat de faire concourir des descendants qui sont entre eux à des degrés égaux du* DE CUJUS... Paul avait deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui sont morts avant lui, laissant chacun des fils ou filles : les enfants de *Primus* concourent avec les enfants de *Secundus*.

Mais, dira-t-on, les petits-enfants, étant tous à un *degré égal* du *de cujus*, succéderaient de leur chef : dès lors, qu'ont-ils besoin du secours de la représentation ? — La représentation a dû être admise dans ce cas, afin d'empêcher un résultat inique et fort peu moral qu'eût entraîné avec lui le partage *par tête*. Paul a deux fils, *Primus* qui a un seul enfant, et *Secundus* qui en a dix : si *Primus* et *Secundus* survivent à leur père, chacun d'eux succédera pour moitié. Supposons-les prédécédés l'un et l'autre : qu'adviendrait-il si leurs enfants succédaient de leur chef et *par tête ?* Chaque enfant succéderait pour un onzième ! Les dix enfants de *Secundus* auraient, par conséquent, intérêt, et rien ne serait plus immoral ni plus dangereux, au *prédécès de leur père :* car tandis que celui-ci ne serait appelé que pour moitié, ils succéderaient, eux, pour les dix-onzièmes de la succession. Le système de la représentation prévient ce vœu immoral : car elle ne donne aux enfants de chaque fils prédécédé que la part que leur père aurait prise s'il eût survécu au *de cujus*.

Mais quel sera l'effet de la représentation, s'il y a dans chaque souche un nombre *égal* de têtes ? Paul qui a deux fils, *Primus* et *Secundus*, meurt avant eux ; *Primus* et *Secundus* ont chacun deux enfants. Si *Primus* et *Secundus* renoncent à la succession de leur père, s'ils sont l'un et l'autre déclarés indignes, ou enfin, si l'un d'eux est indigne et l'autre renon-

çant, leurs enfants seront appelés *de leur chef ;* le partage se fera *par tête* : chaque enfant prendra une part virile, c'est-à-dire une part égale, *un quart*, dans l'espèce. Si *Primus* et *Secundus* sont morts *avant* le *de cujus*, leurs enfants succéderont *par représentation ;* le partage se fera alors *par souche*, moitié pour les deux enfants de *Primus*, moitié pour les deux enfants de *Secundus :* chaque enfant prendra, en définitive, *un quart* de la succession. Quel intérêt y a-t-il donc à savoir si les petits-fils du *de cujus*, quand ils sont *en nombre égal dans chaque souche*, succèdent *de leur chef* ou, au contraire, *par représentation ?* Cet intérêt, [[dans notre droit, se limite au bénéfice du droit d'accroissement que la renonciation d'un héritier ouvre en faveur de ses cohéritiers (*a*).]]

Lorsqu'ils succèdent *de leur chef*, si l'un d'eux renonce, sa part accroît aux trois autres ; chacun d'eux vient pour un tiers. Lorsqu'ils succèdent *par représentation*, la renonciation ne profite qu'au frère du renonçant : car, resté seul dans sa souche, il prend toute la part qui est attribuée à cette souche, la moitié de la succession (art. 653).

On voit donc qu'il y a un [[double]] intérêt à distinguer si les petits-enfants succèdent *de leur chef* ou *par représentation :*

Si c'est *de leur chef* : 1° partage par tête ; 2° accroissement au profit de *tous*, de la part abandonnée par l'un deux ;

Si c'est *par représentation :* 1° partage par souche ; 2° accroissement de la part abandonnée, au profit de ceux-là seulement qui sont dans la même souche que le renonçant.

[[Dans un cas comme dans l'autre le représentant rapportera à la succession de son aïeul ce que ce dernier a donné à son père.]]

La représentation a lieu dans l'ordre collatéral, au profit des enfants d'un frère ou d'une sœur prédécédée [[mais elle

(*a*) Il y a un autre intérêt en France. Lorsque les petits-fils viennent *de leur chef*, ils rapportent à la succession du *de cujus* ce qu'ils avaient reçu de lui à titre de donation ou de legs ; mais ils ne rapportent pas ce que leur père avait reçu au même titre. Les petits-fils qui viennent *par représentation* sont, au contraire, tenus de rapporter à la succession tout ce que leur père avait reçu du *de cujus* à titre de succession (art. 848 C. N). Mais cet article 848, comme le font remarquer nos codificateurs, est une innovation au droit ancien. Nous avons conservé la règle de l'article 308 de la coutume de Paris, et, aux termes de notre article 716, le petit-fils venant à la succession de son aïeul est tenu de rapporter ce qui a été donné à son père, soit qu'il vienne à la succession de son chef ou par représentation, et quand même il renoncerait à la succession de son père.

n'a pas lieu à l'infini, comme dans le droit français moderne ; elle se borne aux neveux et nièces au premier degré. On peut, dans ces limites, appliquer ici ce qui a été]] dit de la représentation dans l'ordre des descendants.

Elle n'a pas lieu dans l'ordre des ascendants... Paul laisse un grand-père et des frères ou sœurs ou [[leurs enfants]] : qui succède ? Les frères ou sœurs ou [[leurs enfants,]] et ils succèdent seuls. Si, au contraire, le grand-père avait pu représenter son fils, père du *de cujus*, il serait venu en concours avec eux : car, aux termes de l'article 626, le père n'est pas exclu par les frères ou neveux du *de cujus*. — Autre exemple. Le *de cujus* a laissé dans sa ligne paternelle : 1° le père de son père, c'est-à-dire un *grand-père* ; 2° le père de la mère de son père, c'est-à-dire un *bisaïeul*. Le *grand-père*, étant au second degré, recueillera à lui seul la moitié de la succession dévolue à sa ligne : il exclura le *bisaïeul*, qui est au troisième degré. Si, au contraire, la représentation eût été admise en faveur des ascendants, le *bisaïeul* aurait pu, en empruntant le degré de sa fille, grand'mère du *de cujus*, concourir avec le *grand-père*.

La représentation n'a pas lieu dans l'ordre des collatéraux autres que frères et sœurs ou [[*leurs enfants*...]] Paul meurt, laissant un cousin, *Primus*, et les enfants d'un autre cousin prédécédé, *Secundus* : qui succède ? *Primus* seulement. Les enfants de *Secundus* ne peuvent, en effet, concourir avec *Primus*, ni de leur chef, car ils sont au cinquième degré du *de cujus*, tandis que *Primus* est au quatrième, ni par représentation, car ils sont descendants, non *d'un frère*, mais *d'un cousin* du *de cujus*.

Il ne faut pas confondre la *transmission* avec la *représentation*.

Il y a *transmission* lorsqu'un héritier laisse à ses propres héritiers une succession *qui s'était ouverte dans sa personne*. Exemple : *Secundus*, après avoir succédé à *Primus*, meurt laissant pour héritier *Tertius* : *Secundus* a transmis à *Tertius*, confondue dans la sienne, la succession de *Primus* (voy. les art. 648 et 649).

Quant aux différences, elles sont faciles à comprendre.

1° Le représentant prend, non pas les droits du représenté, mais les droits que le représenté aurait eus s'il eût survécu au *de cujus*. — Celui au profit duquel s'opère la transmission acquiert les droits qui s'étaient ouverts dans la personne du transmettant.

2° La représentation est un *privilège* qui n'existe qu'au

profit de *certaines personnes.* — La transmission profite à quiconque succède à une personne qui est morte après avoir elle-même succédé à une autre. Ainsi, [[un frère prédécédé ne peut, lorsqu'il s'agit de la succession de son frère, être représenté par ses petits-fils ; au contraire, si ce frère a succédé à son frère, il transmet à ses petits-fils la succession qui s'était ouverte dans sa personne.]]

3° On peut représenter celui dont on a refusé la succession ; on ne peut, au contraire, profiter de la transmission que sous la condition d'accepter la succession du transmettant.

SECTION III.—DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS.

[[Le code ne contient qu'un seul article sur cette matière, l'article 625, qui est en ces termes :—

625. " Les enfants ou leurs descendants succèdent à leur " père et mère, aïeuls et aïeules ou autres ascendants, sans " distinction de sexe ou primogéniture, et encore qu'ils soient " issus de différents mariages.

" Ils succèdent par égales portions et par tête quand ils sont " tous au même degré et appelés de leur chef ; ils succèdent " par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par repré- " sentation " (*a*).

L'ordre des descendants est le premier ; il exclut tous les autres. A quelque degré qu'ils soient, les descendants sont préférés, par cela seuls qu'il sont descendants, à tous autres parents, même plus proches. Exemple : Paul meurt laissant son père, un fils et un enfant de ce fils ; le fils renonce à la succession : le petit-fils, qui est au deuxième degré, exclut le père, qui est au premier.

Les privilèges que l'ancien droit avait attachés à la primogéniture et à la masculinité (1) sont abrogés. Tous les descen-

---

(1) Voy. Pothier, *Successions*, chap. II, sect. I, art. 2.

(*a*) Notre article ne diffère qu'en un seul mot de l'article 745 du code Napoléon. Ce dernier dit que les descendants succèdent par égales portions et par tête quand ils sont tous au *premier* degré ; notre article remplace le mot " premier " par " même." Les codificateurs expliquent qu'ils ont voulu corriger une erreur qui s'est glissée dans la rédaction de l'art. 745 C. N., et qui a été signalée par les commentateurs, car, pour que le partage se fasse par tête, il n'est pas nécessaire que les descendants soient au *premier degré*, il suffit qu'ils soient au *même degré*. C'est ainsi, du reste, que l'on interprète l'article 745 du code Napoléon.

dants, fussent-ils nés de mariages différents, ont une vocation égale à la succession de leurs ascendants (*a*).

Les enfants *légitimés* ont les mêmes droits que les enfants légitimes (art. 239), [[car ils ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage qui les a légitimés.]]

La règle, que dans chaque ordre le parent le plus proche exclut les autres, reçoit ici son application toutes les fois que la différence des degrés ne peut pas être effacée par la représentation. Exemple : Paul laisse deux fils, et l'un d'eux, qui a des enfants, renonce à la succession ou en est indigne : les enfants du fils renonçant ou indigne, ne pouvant pas emprunter son degré, sont exclus par leur oncle, qui succède seul, en sa qualité de parent le plus proche du *de cujus*.

SECTIONS IV ET V. — DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS ET AUX COLLATÉRAUX.

[[Les règles qui régissent ces successions dans notre droit diffèrent suffisamment des règles du droit français moderne pour m'autoriser à traiter ces questions d'une manière indépendante. Je reproduirai le texte de Mourlon quand il me sera possible de le faire, mais je crois que le lecteur a tout à gagner à une exposition complète du sujet, indépendamment de celle des auteurs français, surtout comme leur commentaire sera mis à contribution lorsqu'il s'agira de textes identiques. Dans chaque cas je rendrai compte de la doctrine du droit ancien qui, on le sait, a été profondément modifiée par notre code civil.

Je dois ajouter qu'à l'exemple des commentateurs du code Napoléon, je traiterai sous une même division générale et sous une même rubrique des successions déférées aux ascendants et des successions collatérales. La raison en est toute simple. En effet, il est inexact de dire que l'ordre des ascendants prime en thèse générale celui des collatéraux. Au contraire, certains collatéraux succèdent à l'exclusion de certains ascendants. Nous l'avons vu (*b*), il y a des *ascendants privilégiés* et des *colla-*

(*a*) Toutefois, en France, la qualité de *fils aîné* constitue encore, quant à certains biens et dans une matière toute spéciale, un véritable privilège. Les *majorats*, c'est-à-dire les biens qui ont été constitués et affectés par la loi au soutien d'un titre de noblesse, sont, en effet, transmissibles à perpétuité dans la descendance *masculine* du titulaire et par ordre de *primogéniture*. Nous n'avons rien de semblable dans notre droit.

(*b*) *Supra*, p. 302.

téraux privilégiés. Les premiers sont les père et mère, les seconds, les frères et sœurs, neveux ou nièces, ces derniers venant, avec le secours de la représentation, pour remplacer leur père ou leur mère prédécédé. Quand les ascendants privilégiés viennent en concours avec les collatéraux privilégiés, le droit des uns ne prime pas celui des autres, mais ils se partagent la succession par portions égales. Il faut ajouter, quoique le code ne le dise pas, que si l'une de ces classes d'héritiers se trouve seule, elle a droit à toute la succession. Pour cette raison il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre l'ordre des matières du code, et dire qu'après les descendants viennent les ascendants et après ceux-ci les collatéraux. Les descendants, nous l'avons vu, priment tous les autres. Quand ils manquent, les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés se partagent également la succession, et quand l'une de ces catégories fait défaut, l'autre succède à tout. En dehors de ces classes privilégiées, les ascendants priment les collatéraux, mais vu que la règle *dimidium paternis, dimidium maternis*, s'applique ici dans notre droit, la succession se divise en deux parties égales, dont l'une va au plus proche ascendant paternel et l'autre au plus proche ascendant maternel. S'il n'y a d'ascendants que dans une des lignes, le plus proche prend la moitié de la succession, et l'autre moitié est dévolue au plus proche collatéral de l'autre ligne. A défaut d'ascendants, de frères ou sœurs, neveux ou nièces, la succession va aux autres collatéraux et se divise encore en deux parties égales, l'une pour le plus proche collatéral de la ligne paternelle et l'autre pour le plus proche collatéral de la ligne maternelle, et s'il n'y a de collatéraux que dans une des lignes, le plus proche prend toute la succession.

Ainsi, on peut dire qu'il y a quatre ordres : 1° les descendants ; 2° les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés ; 3° les ascendants ordinaires ; 4° les collatéraux ordinaires.

J'ai expliqué les règles qui régissent les successions déférées aux descendants. Quant aux autres successeurs, je suivrai l'ordre des successions en parlant successivement des ascendants et collatéraux privilégies, des ascendants ordinaires et des collatéraux ordinaires. J'expliquerai d'abord les dispositions du droit ancien quant aux successions déférées aux ascendants et aux collatéraux.

I. Droit ancien. — 1° *Successions déférées aux ascendants.* —

Tous les articles de la section IV, sauf le dernier, l'article 630, sont entièrement de droit nouveau, et l'article 630 lui-même a apporté une modification importante à la disposition de l'article 313 de la coutume de Paris. Autrefois le droit successoral des ascendants, tel qu'organisé par la coutume de Paris, était régi par des dispositions aussi obscures que compliquées.

A défaut de descendants du *de cujus*, les ascendants succédaient aux meubles et acquêts immeubles qu'il avait laissés, mais les propres passaient aux collatéraux les plus proches du côté dont ils étaient advenus. Cependant, les ascendants succédaient aux immeubles qu'ils avaient donnés au défunt, et à ceux qui, acquis par le défunt, avaient été par lui laissés à son enfant décédé sans postérité et sans frère ni sœur.

Pour succéder à un propre, il fallait être parent du défunt du côté et ligne de celui qui l'avait acquis, sans qu'il fût nécessaire d'être descendu de l'acquéreur ; ce parent, bien que plus éloigné, excluait celui qui, quoique plus rapproché du défunt, n'était pas de la ligne. L'ascendant qui était de la ligne, pouvait succéder au propre, non comme propre — car la maxime était que *propre ne remonte* — mais comme lignager. Celui qui réclamait un immeuble comme propre, devait prouver cette qualité de propre, à défaut de quoi, l'immeuble était présumé acquêt.

S'il n'y avait pas d'héritier dans la ligne, le propre était dévolu au plus proche parent de l'autre ligne, de préférence à l'époux survivant et à l'État.

Ajoutons que l'article 314 de la coutume de Paris conférait aux père et mère et, à leur défaut, aux autres ascendants l'usufruit des conquêts immeubles, qui, faits pendant la communauté, étaient, par le décès de l'un des époux, échus aux enfants nés du mariage et décédés sans postérité (*a*).

2° *Successions collatérales.* — A défaut d'héritier en ligne directe, la succession du défunt passait à ses parents les plus proches, sauf le cas où les neveux et nièces succédaient à leur oncle ou tante, avec les frères et sœurs de ce dernier. C'est aux collatéraux de la ligne qu'étaient dévolus les propres dont n'héritaient pas les ascendants. La division entre les collatéraux se faisait par tête, excepté dans le cas de représentation par les neveux et nièces, lesquels ne prenaient alors qu'une seule part, qu'ils partageaient également entre eux. Au cas

(*a*) J'emprunte cette analyse au rapport des codificateurs. Voy. aussi les articles de leur projet rédigés comme déclaratoires du droit ancien.

seulement où il n'existait pas de parents dans une ligne, les propres qui dépendaient de cette ligne passaient aux parents de l'autre ligne. Au reste, pour être réputé de la ligne, il suffisait de toucher en collatérale à celui qui avait mis l'immeuble dans la famille, sans qu'il fût nécessaire de descendre de lui (a).

II. Ascendants privilégiés et collatéraux privilégiés.—PREMIÈRE RÈGLE. — *Lorsqu'une personne décédée sans postérité laisse son père ou sa mère ou les deux et des frères ou sœurs, neveux ou nièces, la succession se partage également entre les père et mère d'une part et les frères et sœurs, neveux et nièces d'autre part.* Cette règle est énoncée en ces termes par l'article 626 :

626. " Si quelqu'un décédé sans postérité, laisse son père et " sa mère et aussi des frères ou sœurs, ou des neveux ou " nièces au premier degré, la succession se divise en deux " portions égales dont l'une est déférée au père et à la mère " qui la partagent également entre eux, et l'autre aux frères et " sœurs, ou neveux et nièces du défunt, d'après les règles " prescrites en la section suivante."

Cette disposition est complétée par l'article 627 qui se lit comme il suit :

627. " Au cas de l'article précédent, si le père ou la mère est " prédécédé, la portion qui lui aurait été déférée accroît au sur- " vivant."

Citons également l'article 631 qui est au même effet que l'article 626.

631. " Si le père et la mère de la personne décédée sans " postérité, ou l'un d'eux, lui ont survécu, ses frères et sœurs, " ainsi que ses neveux ou nièces au premier degré, ont droit à " la moitié de la succession."

Il n'y a entre notre article 626 et l'article 748 du code Napoléon qu'une différence. Dans notre droit, les père et mère du défunt concourent avec ses frères et sœurs, neveux et nièces seulement. Dans le droit français moderne, ils concourent, non seulement avec les frères et sœurs du défunt, mais encore avec tous les descendants de ces frères et sœurs, partant avec les petits-neveux et petites-nièces. Ces derniers, dans notre droit, seraient exclus par les père et mère du *de cujus*. Ajoutons qu'en France, un ascendant privilégié d'une ligne qui se trouve seul concourt avec des collatéraux ordinaires de

---

(a) J'emprunte également cette analyse presque textuellement du rapport des codificateurs.

l'autre ligne (art. 733, 753 C. N.), alors que cet ascendant exclut ces collatéraux dans notre droit. C'est ainsi que sous le code Napoléon le père peut concourir avec un petit cousin de la ligne maternelle, tandis que dans notre droit il prendrait toute la succession.

L'article 627 diffère également de l'article 749 du code Napoléon en ce que, d'après ce dernier article, si le père ou la mère est prédécédé, sa part n'accroît pas au survivant, mais appartient en nue propriété aux collatéraux privilégiés, l'usufruit restant au survivant des père et mère.

Enfin, l'article 631 diffère de l'article 751 du code Napoléon qui appelle les *représentants,* (lisez, les *descendants*) des frères et sœurs à concourir avec les père et mère du défunt, et leur attribue, avec les frères et sœurs, les trois quarts de la succession, si le père ou la mère, seul, a survécu.

Tenant ces différences bien en vue, nous pouvons reproduire le texte de Mourlon en lui faisant subir les modifications voulues.

Les père et mère, les frères et sœurs ou neveux et nièces]], ne succèdent qu'à défaut de descendants.

Ils excluent tous les collatéraux, non seulement les collatéraux de la ligne dont ils font partie, mais encore ceux de la ligne à laquelle ils sont étrangers. Ainsi, un *frère utérin* exclut non seulement les collatéraux de sa ligne, les collatéraux maternels, mais aussi les collatéraux de la ligne dont il ne fait pas partie, les collatéraux paternels.

[[Plus spécialement, les frères et sœurs, neveux et nièces,]] excluent tous les ascendants autres que père et mère, non seulement les ascendants de leur ligne, mais encore les ascendants de l'autre ligne : ainsi. un frère *consanguin* exclut même les ascendants *maternels.*

[[Lorsque ces ascendants privilégiés et ces collatéraux privilégiés viennent en concours, leur droit étant égal, ils partagent la succession. Le concours des frères et sœurs, neveux et nièces,]] a-t-il lieu avec le père et la mère : la succession se divise en deux parts égales, dont l'une est attribuée au père et à la mère, qui reçoivent, par conséquent, chacun un quart ; l'autre, aux frères et sœurs ou [[leurs enfants au premier degré.]] A-t-il lieu avec le père *ou* la mère seulement : [[rien n'est changé dans la part échue aux collatéraux privilégiés, seulement la moitié dévolue aux ascendants privilégiés appartient toute entière au survivant des père et mère. C'est là, nous l'avons vu, une différenee entre notre droit et le droit français

moderne. Au cas de prédécès du père ou de la mère, fait remarquer M. Baudry-Lacantinerie, nº 78, il faut asssimiler celui de la renonciation ou de l'indignité de l'un d'eux. Dans ce cas, l'autre ascendant privilégié prendra le quart du renonçant ou de l'indigne.

Mais, en est-il de même des neveux et nièces en concours avec les père et mère du *de cujus* quand leur père ou leur mère est écarté de la succession par indignité ou qu'il y a renoncé ? Il est évident qu'il ne peut pas être question de représentation dans ce cas, car on ne représente pas la personne qui est encore vivante, mais seulement celle qui est morte naturellement ou civilement (art. 624). Dans ce cas, le neveu ou la nièce peut-il venir à la succession de son chef et recueillir la part que son père ou sa mère aurait eue, n'eût été sa renonciation ou son indignité ? On répond affirmativement à cette question en France sur le motif que la loi attribue la qualité de collatéraux privilégiés aux *descendants* (dans notre droit, dites *enfants*) de frères ou sœurs aussi bien qu'aux frères et sœurs eux-mêmes (*a*). On se base également et surtout sur les termes de l'article 750 du code Napoléon qui, après avoir dit qu'en cas de prédécès des père et mère, les frères et sœurs et leurs descendants sont appelés à l'exclusion de tous autres parents, ajoute qu'ils succèdent " ou de leur chef, ou par par représen- " tation, ainsi qu'il est réglé dans la section II du présent " chapitre " (*b*).

Précisons bien l'espèce. Il ne s'agit pas de savoir si, en concours avec les frères et sœurs du défunt, les neveux et nièces dont le père vivant a renoncé à la succession ou a été déclaré indigne, peuvent recueillir la part de leur père. Cette question ne peut même pas se poser. Les neveux et nièces ne concourent avec leurs oncles ou tantes qu'avec le secours de la représentation (art. 632) ; or on ne représente pas une per-

---

(*a*) Les auteurs trouvent cependant une raison de douter dans les termes des articles 749 et 751 du code Napoléon qui parlent des frères et sœurs ou leurs *représentants*, mais ils ne voient là qu'une manière de parler. Notre code n'offre pas la même difficulté, car il ne se sert pas de cette expression *représentants*.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 79.

Notre article 632 dit également que " si le père et la mère sont tous " deux prédécédés, les frères, sœurs, et neveux au premier degré du " défunt, lui succèdent à l'exclusion des ascendants et des autres collaté- " raux.

" Ils succèdent de leurs chef, ou par représentation ainsi qu'il a été " réglé en la section deuxième du présent chapitre."

sonne vivante (art. 624), et d'ailleurs, dans le cas de la renonciation, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers et ne va au degré suivant que s'il est seul (art. 653), et il en est de même de la part de l'indigne (art. 613). On suppose que tous les frères et sœurs du défunt, sauf le renonçant ou l'indigne, sont prédécédés, et que les enfants de ce renonçant ou indigne concourent avec les père et mère du défunt. Doit-on décider que, la représentation étant écartée dans ce cas, les neveux et nièces ne pourront pas recueillir la moitié de la succession qui serait échue à leur père ou à leur mère sans sa renonciation ou son indignité ? Je n'ai aucune hésitation à adopter la solution des auteurs français et à reconnaître le droit des enfants du renonçant ou de l'indigne de concourir avec les père et mère du défunt. Nos textes sont clairs et formels et nous n'avons pas, dans notre droit, la raison de douter qui résulte de l'emploi du mot *représentants* dans les articles 749 et 751 du code Napoléon. L'article 626 dit que, dans le concours entre des ascendants privilégiés et des collatéraux privilégiés, une moitié de la succession est dévolue " aux frères et " sœurs, *ou neveux et nièces*." Au même effet est la disposition de l'article 631 : " Ses frères et sœurs, *ainsi que ses neveux et* " *nièces* au premier degré, ont droit à la moitié de sa succession." Enfin l'article 632 porte que, dans le cas de prédécès des père et mère, " les frères, sœurs et *neveux* au premier degré lui suc- " cèdent à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux." Il est évident que les neveux ou nièces ont une vocation propre, *ex personâ suâ*, à la succession, et quand cet article ajoute qu'ils succèdent " de leur chef, ou par représentation ainsi qu'il " a été réglé en la section deuxième du présent chapitre," il ne fait que distinguer le cas où le neveu ou la nièce a besoin de la représentation — c'est le cas du concours avec les frères ou sœurs du défunt — et celui où il n'en a pas besoin et vient de son chef — c'est celui où il ne concourt qu'avec un ascendant ou d'autres collatéraux.

Mais, pour ne nous occuper que de l'ordre des frères et sœurs, que décider quand ces frères et sœurs sont issus de différents mariages ? L'article 633 répond en cette question en ces termes :

633. " Le partage de la moitié ou de la totalité de la succes- " sion dévolue aux frères, sœurs, neveux ou nièces, aux termes " des deux articles précédents, s'opère entre eux par égales " portions s'ils sont tous du même lit ; s'ils sont de lits diffé- " rents, la division se fait par moitié entre les deux lignes

" paternelle et maternelle du défunt, les germains prenant " part dans les deux lignes, les utérins ou consanguins chacun " dans leur ligne seulement. S'il n'y a de frères ou sœurs, " neveux ou nièces, que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à " l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne (*a*)."

Ainsi, soit une succession évaluée à 24. Le défunt a laissé, outre son père et sa mère, un frère germain, un frère utérin et un frère consanguin (*b*). Les pere et mère prennent la moitié, soit 12, se la partagent également, et se trouvent avoir chacun 6. L'autre moitié appartient aux frères. On divise cette moitié en deux parties égales, ce qui donne 6 pour chaque ligne. Dans la ligne paternelle viennent concourir le frère germain et le frère consanguin, ils prennent chacun 3. Dans la ligne maternelle, nous trouvons encore le frère germain et avec lui le frère utérin, ils se divisent la moitié dévolue à cette ligne, ce qui leur donne à chacun 3. Comme résultat de ce partage, le père et la mère auront chacun 6, le frère germain 6, puisqu'il concourt dans les deux lignes, et le frère consanguin et le frère utérin chacun 3, car chacun d'eux ne vient que dans sa propre ligne.

Cette règle, comme l'article 633 le dit du reste, s'applique aux neveux et nièces issus du mariage de frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins.

DEUXIÈME RÈGLE. — *Lorsque le défunt laisse, soit son père ou sa mère, soit des frères ou sœurs, neveux ou nièces, les uns ou les autres prennent toute la succession.* — Voici le double cas dont il s'agit. Paul meurt sans descendants et ne laisse ni frères ni sœurs, ni neveux ni nièces, mais son père ou sa mère ou les deux lui survivent; ou bien il n'a laissé ni père ni mère, mais des frères ou sœurs, neveux ou nièces. Dans le premier cas, le père ou la mère ou les deux prennent toute sa succession, à l'exclusion de tous les ascendants ordinaires ou collatéraux ordinaires. Dans le second cas, les frères ou sœurs, neveux ou nièces succèdent également à tout, à l'exclusion des autres ascendants ou collatéraux.

Le code ne pose pas cette règle, quant aux père et mère, lorsqu'il n'y a pas de collatéraux privilégiés. Mais puisque les

---

(*a*) Cet article reproduit textuellement la disposition de l'article 732 du code Napoléon quant à la division entre les frères germains, consanguins et utérins.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie (nº 79), à qui j'emprunte cet exemple, rapporte une espèce dans laquelle la chose est arrivée.

frères et sœurs, neveux et nièces, partagent également la succession avec les père et mère, il faut conclure que ces derniers succéderont à tout quand il n'y a pas de collatéraux privilégiés Il n'y a pas de parent dans ce cas qui soit aussi rapproché du *de cujus* que ses père et mère. Si le père ou la mère sont seuls, ils prendront tout. En cela, notre droit diffère du droit français moderne. Le code Napoléon, nous l'avons vu, admet sans restriction le principe de la *fente* (art. 733 C. N.). Dans ce cas, si c'est le père qui survit, il prend la moitié de la succession, l'autre moitié va au plus proche parent maternel. Notre droit, au contraire, n'admet la fente que lorsqu'il n'y a ni ascendants privilégiés ni collatéraux privilégiés (art. 629 et 634).

Dans une ancienne cause de *Reid & Prévost* (1 L. C. J., p. 320), la cour d'appel a jugé que le père est héritier de son enfant décédé intestat et sans enfants, des biens mobiliers laissés par lui à son décès, et qu'il hérite de son enfant la propriété du legs fait par un testateur en faveur de la mère de l'enfant.

Dans une cause bien plus récente de *Lecours & Viau* (32 L. C. J., p. 8), il s'agissait d'un contrat de mariage par lequel les époux avaient stipulé communauté de biens avec donation mutuelle et réciproque de leurs biens en faveur du survivant, en par lui gardant viduité, pourvu qu'aux jour et heure du décès du premier mourant il ne se trouvât aucun enfant né ou à naître, ou qu'y en ayant eu, cet enfant fût décédé avant d'avoir atteint l'âge de majorité ou d'être pourvu par mariage. Un enfant est né de ce mariage. Le père est ensuite décédé intestat et l'enfant ne lui a survécu que d'un an. Après la mort de l'enfant, la mère contracta un second mariage, et les appelants, frères et sœurs du père, se prétendirent ses héritiers. Dans ces circonstances, la cour d'appel jugea que l'enfant avait hérité de son père et que la mère avait succédé à son enfant ; partant qu'elle était propriétaire des biens délaissés par son mari.

Mais si le code est muet quant au droit des ascendants privilégiés de succéder à tout en l'absence de collatéraux privilégiés, il n'en est pas ainsi quand ces derniers se trouvent seuls. L'article 632 leur attribue toute la succession en ces termes.

632. " Si le père et la mère sont tous deux prédécédés, les " frères, sœurs, et neveux au premier degré du défunt, lui succèdent à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux.

" Ils succèdent ou de leur chef, ou par représentation ainsi

" qu'il a été réglé en la section deuxième de ce chapitre " (*a*).

Ainsi que je l'ai expliqué plus haut, les neveux et nièces viennent par représentation quand ils concourent avec des frères et sœurs du défunt ; il faut pour cela, bien entendu, que leur père ou leur mère soit prédécédé. Ils viennent de leur chef quand ils se trouvent les plus proches parents du *de cujus*.

Ce que j'ai dit du partage des biens lorsque les frères et sœurs ne sont pas nés du même mariage, s'applique dans le cas où ils succèdent à toute la succession ; l'article 633 prévoit les deux cas.

III. Ascendants ordinaires. — Après les descendants et les ascendants privilégiés et collatéraux privilégiés, viennent les ascendants ordinaires. Ils priment, je l'ai dit, les collatéraux ordinaires de leur ligne. Mais dans leur cas comme dans celui de ces derniers, la succession se divise en deux parties égales, l'une pour la ligne paternelle et l'autre pour la ligne maternelle ; ce n'est que lorsqu'il n'y a aucun successible, soit ascendant, soit collatéral, dans une de ces lignes, que le plus proche ascendant dans l'autre ligne prend toute la succession.

Les articles 628 et 629 énoncent cette règle en ces termes :

628. " Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frères ni sœurs, " ni neveux ni nièces au premier degré, ni père ni mère, mais " seulement d'autres ascendants, ces derniers lui succèdent à " l'exclusion de tous autres collatéraux.

629. " Au cas de l'article précédent, la succession est divisée " par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et entre " ceux de la ligne maternelle.

" L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille " la moitié affectée à sa ligne à l'exclusion de tous autres.

" Les ascendants au même degré succèdent par têtes dans " la même ligne " (*b*).

Nous voyons ici l'application du principe de la *fente* entre les deux lignes, que notre droit, à la différence du droit fran-

(*a*) C'est en substance la copie de l'article 750 du code Napoléon, sauf que ce dernier article admet la successibilité à titre de collatéraux privilégiés des descendants des frères et sœurs ; notre article n'appelle à ce titre que les neveux et nièces.

(*b*) Ces deux articles reproduisent la substance de l'article 746 du code Napoléon, sauf la substitution, dans notre article 628, des mots " neveux ou nièces au premier degré " aux mots " descendants d'eux " qu'emploie le code Napoléon.

çais moderne, n'admet pas pour les parents plus rapprochés du *de cujus*. L'ascendant le plus proche dans chaque ligne exclut les autres ascendants plus éloignés, car la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants (art. 621). Pour cette raison l'indignité ou la renonciation de l'ascendant le plus proche, n'empêchera pas l'ascendant plus éloigné de succéder à sa place. Quand les ascendants sont au même degré, ils succèdent par tête, dans la même ligne. Soit donc une succession valant 12. Elle se divisera également entre les lignes paternelle et maternelle, chacune succédant à 6. S'il y a dans chaque ligne un aïeul et une aïeule, ils auront chacun 3. Si dans une des deux lignes il ne se trouve qu'un aïeul et une bis-aïeule, le premier prendra 6 et la bis-aïeule n'aura rien.

Lorsqu'il n'y a d'ascendants que dans une des lignes, ces ascendants ne prennent pas pour cela toute la succession, la loi, faute d'ascendant, cherchera le collatéral le plus proche, dans l'autre ligne et lui attribuera l'autre moitié de la succession (art. 634), et ce n'est qu'à défaut de ce collatéral que l'ascendant le plus proche de l'une des lignes prendra la portion affectée à l'autre ligne.

Mais supposons qu'il y ait un aïeul dans chaque ligne paternelle et maternelle et qu'il n'y ait aucun ascendant plus éloigné. L'aïeul paternel accepte la succession, l'aïeul maternel y renonce ou est déclaré indigne. L'aïeul paternel prendra-t-il, dans ce cas, la moitié de la succession affectée à la ligne maternelle à l'exclusion des collatéraux de cette ligne ?

Je crois qu'il faut répondre négativement à cette question. Il est vrai que l'article 634 n'appelle les collatéraux que *s'il ne reste aucun ascendant*. Mais il faut, dans l'interprétation de cette disposition, ajouter le mot " acceptant " après " ascendant," car celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 652). Ainsi, dans l'espèce supposée, l'aïeul maternel qui a renoncé est censé n'avoir jamais été héritier, partant, c'est tout comme s'il ne restait aucun ascendant dans cette ligne. La disposition de l'article 653 qui dit que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers, s'entend des cohéritiers de sa ligne, la renonciation du parent maternel ne profite pas aux parents paternels (*a*), sauf le cas où il n'y aurait plus aucun successible dans la ligne maternelle. Du reste, ce même article ajoute que si le renonçant est seul, la succession, (lisez sa part de la succession) est dévolue pour le tout au degré subséquent.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 175.

Or ici, le degré subséquent, c'est le plus proche collatéral maternel ; à lui donc appartiendra la part affectée à sa ligne. La même solution s'impose dans le cas de l'indignité de l'un des ascendants (*a*).

IV. Collatéraux ordinaires. — Les collatéraux ordinaires sont au dernier rang des successions. Ils ne recueillent l'hérédité qu'à défaut d'ascendants dans leur ligne. Dans leur cas comme dans celui des ascendants ordinaires, la succession se divise en deux parties égales, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle. Le plus proche collatéral prend la part affectée à sa ligne à l'exclusion des collatéraux plus éloignés, car en ligne collatérale, sauf le cas des collatéraux privilégiés, la représentation n'est pas admise ; quand plusieurs collatéraux sont au même degré, ils succèdent par tête. A défaut de collatéraux au degré successible dans une des lignes, toute la succession échoit au plus proche collatéral de l'autre ligne.

L'article 634 énonce en ces termes le droit successoral des collatéraux.

634. " Si le défunt, mort sans postérité, sans père ni mère, " sans frères, sœurs, ni neveux ou nièces au premier degré, " laisse des ascendants dans une des lignes seulement, le plus " proche de ces ascendants prend la moitié de la succession, " dont l'autre moitié est dévolue au plus proche parent colla- " téral de l'autre ligne.

" Si dans le même cas il ne reste aucun ascendant, la succes- " sion entière se divise en deux parts égales dont l'une est " dévolue au plus proche parent collatéral de la ligne pater- " nelle et l'autre au plus proche parent de la ligne maternelle.

" Entre collatéraux, sauf le cas de la représentation, le plus " proche exclut tous les autres ; ceux qui sont au même degré " partagent par tête."

On peut comparer cette disposition aux articles 753 et 754 du code Napoléon, lesquels cependant sont loin d'être identiques à notre article 634. Dans le droit français moderne, à cause du principe de la fente qui s'applique indistinctement dans les successions déférées aux ascendants et aux collatéraux, les collatéraux, même ordinaires d'une ligne, concourent avec

(*a*) On trouvera un argument additionel dans l'article 635 qui ne donne toute la succession à une ligne qu'à défaut de parents au degré successible dans l'autre ligne.

l'ascendant au degré de père ou de mère de l'autre ligne, et prennent même les trois quarts de la succession, sauf à en laisser un quart en usufruit au survivant des père et mère. Dans notre droit, au contraire, le père ou la mère survivant prendrait toute la succession à l'exclusion des autres ascendants et des collatéraux ordinaires de l'une et l'autre des lignes (*a*). Remarquons en outre qu'en France les petits-neveux sont des collatéraux privilégiés et excluent les collatéraux ordinaires; ici ils ne comptent que dans cette dernière catégorie.

La disposition de l'article 634 n'exige aucune explication après ce qui a été dit dans les autres paragraphes de cette section. Le législateur aurait pu se dispenser de réserver le cas de la représentation dans le troisième alinéa de cet article, puisqu'il n'y est question que des collatéraux ordinaires en faveur desquels la représentation n'est jamais admise (art. 622). Nous trouverons au deuxième alinéa de l'article 635, la disposition en vertu de laquelle le plus proche parent collatéral d'une ligne succède à toute la succession, quand il n'y a aucun parent au degré successible dans l'autre ligne.

V. Limite de la successibilité.—On conçoit qu'il faut poser une limite au-delà de laquelle la successibilité ne sera pas admise. La succession des parents quand elle est déférée par la loi, en l'absence de dispositions testamentaires du defunt, est fondée, je l'ai dit, sur une présomption d'affection, et l'affection ne dépasse pas un certain degré de parenté. Ce n'est qu'en matière de successions collatérales, cependant, qu'il était besoin d'en parler, car comme le mort saisit le vif, il n'était pas à craindre qu'un descendant ou ascendant trop éloigné appréhendât la succession.

Un autre motif fait dénier le droit de succéder aux parents très éloignés, c'est qu'une parenté éloignée étant très difficile à établir ou peut-être même à combattre, il fallait tarir dans leur source des contestations et des procès qui seraient ruineux pour les parties.

L'article 635, copie textuelle de l'article 755 du code Napoléon, limite la successibilité au douzième degré de parenté. Il est en ces termes :

(*a*) La même règle ne s'applique pas en France, lorsqu'il y a d'un côté des frères ou sœurs ou leurs descendants et de l'autre des ascendants ordinaires. Les frères ou sœurs ou leurs descendants prennent alors toute la succession (art. 750 C. N.), ce qui est logique, car les frères et sœurs et leurs descendants sont à la fois les parents paternels et maternels du *de cujus*.

635. " Les parents au-delà du douzième degré ne succèdent " pas.

" A défaut de parents au degré successible dans une ligne, " les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout."

Cette disposition n'existait pas comme règle dans l'ancien droit. Cependant, les codificateurs témoignent qu'elle y était suivie en pratique. Les auteurs du code Napoléon, ajoutent-ils, ont adopté l'article 755 sans avoir pensé innover au droit ancien ; les codificateurs ont suivi leur exemple et jugeant la disposition convenable, en ont proposé l'adoption sans l'offrir en amendement (*a*).

Le deuxième alinéa de l'article 635 attribue la succession pour le tout à l'une des lignes, lorsque l'autre ligne ne présente pas de parents au degré successible. Cette disposition n'a pas besoin d'explication. Quand il n'y a aucun parent au degré successible dans les deux lignes, la succession est déférée aux successeurs irréguliers, à l'époux survivant et à son défaut au souverain.

APPENDICE.

SUCCESSION DES ASCENDANTS AUX CHOSES PAR EUX DONNÉES

" Les ascendants *succèdent, à l'exclusion de tous autres,* " aux biens par eux donnés à leurs enfants ou autres *descen-* " *dants* décédés *sans postérité*, lorsque les objets donnés se " trouvent *en nature* dans la succession ; et s'ils ont été aliénés, " les ascendants en recueillent *le prix, s'il est encore dû.*

" Ils succèdent aussi *l'action en reprise* qui pouvait appar- " tenir au donataire sur les biens ainsi donnés " (art. 630) (*b*).]]

(*a*) A Rome la successibilité entre cognats était limitée au sixième degré.

(*b*) C'est en substance la copie de l'article 747 du code Napoléon ; ce dernier article dit " *choses* données," notre article " *biens* donnés."

Les codificateurs font remarquer que notre article " conforme au droit " romain, est applicable à tous les objets donnés, meubles aussi bien " qu'immeubles. C'est l'interprétation donnée à l'article 747 du code " Napoléon, différent en cela de l'article 313 de la coutume de Paris, qui " ne s'applique qu'aux immeubles, auxquels les ascendants auraient été " empêchés de succéder, d'après la règle " propre ne remonte," si ce n'eût " été de l'exception introduite par cet article 313, qui a servi de base au " présent, dont la portée est cependant plus étendue, ainsi qu'il vient " d'être dit. D'après la coutume de Paris, la succession aux meubles et

La loi a pensé qu'il ne fallait pas ajouter à la douleur qu'éprouve l'ascendant qui perd son enfant le chagrin de voir passer en d'autres mains des biens qui lui ont appartenu et qu'il affectionne peut-être : *ne et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (1). On a considéré, en outre, qu'un ascendant serait peu disposé à être libéral envers ses enfants, s'il n'était point sûr de reprendre, dans la succession du donataire mort sans postérité, les biens dont il se dépouille à son profit.

§ I. — *Nature du droit de l'ascendant donateur.*

On l'appelle quelquefois *droit de retour successoral* ou *légal*, par opposition au droit de retour *conventionnel* (a).

Je donne un immeuble à *Paul*, et je stipule que, s'il meurt avant moi, le bien que je lui donne me fera retour : c'est l'hypothèse du retour *conventionnel*. Cette donation transfère au donataire, non pas la propriété incommutable ou définitive des biens compris dans la donation, mais une propriété *résoluble*. Le donataire les acquiert avec cette modalité que, s'il meurt avant le donateur, la propriété sera considérée comme étant toujours restée sur la tête de ce dernier : en d'autres termes, la donation est faite *sous condition résolutoire*. Le donateur meurt-il avant le donataire : la condition résolutoire à laquelle était subordonnée la donation est défaillie, et le droit du donataire se trouve consolidé, il devient irrévocable. Le donateur survit-il au donataire : la condition étant alors réalisée, la donation se trouve *rétroactivement* anéantie, c'est-à-dire réputée inexistante tant dans le passé que pour l'avenir : les choses sont remises au même état que si la donation n'avait jamais existé (art. 1088). Ce n'est donc pas à titre de *succession*, en qualité d'*héritier*, que le donateur reprend les biens : il les reprend, parce que, la donation étant considérée comme n'ayant jamais existé, il est réputé *avoir toujours conservé*, et le

---

" acquêts était réglée à part, elle appartenait aux ascendants (cout.
" Paris 311) ; il n'était donc pas nécessaire d'en parler dans l'article 313,
" qui ne regarde que les immeubles. Il en est autrement sous le système
" du code, d'après lequel l'on ne reconnaît aucune distinction de biens
" en fait de succession."

Voici le texte de l'article 313 de la coutume de Paris, source de notre article 630 :

313. " Toutefois succèdent (les ascendants) aux choses par eux données
" à leurs enfants décédants sans enfants et descendants d'eux."

(1) Pomponius, L. 6 pr., D., *De jure dot.*

(a) On l'appelle aussi *succession anormale.*

donataire *n'avoir jamais eu*, la propriété des biens donnés. Le donateur *ne devient pas propriétaire*, il est réputé n'avoir jamais cessé de l'être.

Cette résolution ne produit pas seulement son effet entre les parties, elle est également opposable aux tiers : car le donataire, propriétaire révocable, n'a pas pu transmettre des droits irrévocables. De là il résulte :

1° Que le donateur a le droit de reprendre les biens donnés partout où ils se trouvent, soit dans la succession du donataire, soit entre les mains des tiers ;

2° Qu'ils lui font retour, francs et quittes des hypothèques et servitudes dont ils étaient grevés du chef du donataire ;

3° Qu'il les reprend, sans être obligé de contribuer au payement des dettes faisant partie de la succession du donataire ;

4° Qu'il a droit à une indemnité, au cas où ils n'existent plus en nature par suite du fait ou de la faute du donataire.

Tels sont la nature et les effets du *retour conventionnel* (art. 779) (*a*).

Lorsque la donation est faite par un *ascendant* à son *descendant*, un droit de retour existe au profit du donateur, alors même qu'il n'est intervenu à cet égard aucune stipulation. C'est l'hypothèse du retour *légal* ou *successoral*. D'autres règles le régissent. L'ascendant qui fait une donation à son descendant, sans stipuler le droit de retour, se dépouille *irrévocablement* : le donataire acquiert un droit *incommutable*. Si ce donataire prédécède, les biens qu'il a reçus et qui se retrouvent en nature dans sa succession, font, il est vrai, retour à l'ascendant, comme dans l'hypothèse du retour conventionnel ; mais la donation n'est pas réputée n'avoir jamais existé, elle n'est pas anéantie dans le passé. L'ascendant reprend les biens, non pas parce qu'il est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire, mais parce que la loi les lui attribue *à titre de succession* : il les reprend en vertu d'un droit nouveau, *parce qu'il est l'héritier du donataire, parce qu'il lui succède*. Aussi, l'article 630 dit-il qu'il *succède* aux biens donnés qui se retrouvent en nature dans la succession du donataire (1).

---

(1) MM. Dur., t. 6, nos 223 et 227 ; Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 82 ; Dem., t. 3, n° 55 *bis* ; Aubry et Rau, t. 6, § 608, note 29 ; Demol., t. 13, nos 480 et 481 ; Laurent, t. 9, nos 162 et suiv. ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nos 84 et 87.

(*a*) Les effets de l'exercice du droit de retour conventionnel sont les mêmes que dans le cas de la vente à réméré. Voy. les art. 1546 et suiv.

[[Dans la cause de *Corse* v. *Drummond* (24 L. C. J., p. 254 et 3 L. N., p. 341), le juge Jetté a décidé que ce retour successoral constitue un droit de succession en faveur de l'ascendant donateur, et que les biens qui en sont l'objet peuvent être saisis pour des dettes de la succession du donataire.

La cour d'appel, dans la cause de *Pepin & Courchène* (10 R. L., p. 77), a jugé que le défaut d'enregistrement d'une donation comportant prohibition d'aliéner, ne peut priver le donateur du droit de retour en sa faveur résultant de l'article 630, parce qu'à raison de l'article 2098, le donataire ne peut conférer aucun droit sur la propriété au préjudice du donateur, sans avoir lui-même fait enregistrer son titre d'acquisition.]]

Du principe que c'est *à titre de successeur* que l'ascendant est appelé à reprendre les biens que son descendant tient de lui par donation, il résulte :

1° Qu'il ne peut pas renoncer à son droit *du vivant du donataire*, [[si ce n'est, dans notre droit, par contrat de mariage]] : on ne renonce pas, en effet, à une succession qui n'est pas encore ouverte (art. 658) ;

2° Qu'il ne peut pas le céder, tant qu'il n'est pas ouvert, [[excepté, dans notre droit, par contrat de mariage (*a*)]] : la loi, en effet, ne permet point la vente d'une succession future (art 1061) ;

3 Que le retour n'a pas lieu si les biens donnés ne se retrouvent pas en nature dans la succession du donataire. Par conséquent, l'ascendant n'a droit à aucune indemnité s'ils ont péri par le fait ou la faute du *de cujus*. S'ils ont été aliénés, il ne peut pas les reprendre entre les mains des tiers acquéreurs ;

4° Que, s'ils se retrouvent en nature dans la succession du donataire, il les reprend avec les hypothèques et servitudes dont ils étaient grevés du chef du *de cujus* ;

5° Enfin, qu'il les reprend à la charge de contribuer au payement des dettes, d'y contribuer en proportion de la valeur des biens qui lui font retour, comparée à la valeur des autres biens du *de cujus*. Mais, dira-t-on, l'ascendant ne succède pas à une fraction de l'*universalité* des biens ; il ne succède que *in re singulari*, à des objets individuels. Or, en principe, les successeurs particuliers ne contribuent pas au payement des dettes. On répond qu'aux termes de l'article 607, tout *héritier*

(*a*) Cette exception n'existe pas dans le droit français moderne.

est tenu des dettes ; que la loi ne distingue pas entre l'héritier universel et l'héritier *in re singulari* (*a*).

On détermine la part des dettes que doit payer l'ascendant, en fixant, par l'estimation des biens, la fraction active pour laquelle il succède. Exemple : Le donataire laisse un actif de 100,000 francs, y compris les biens donnés ; ceux-ci valent 20,000 francs : l'ascendant donateur recueille un cinquième de l'actif, il payêra un cinquième des dettes.—En supposant que l'un des biens qui lui font retour soit affecté par hypothèque au payement d'une dette du donataire, l'ascendant donateur pourra être poursuivi *pour le tout* ; mais, s'il paye la dette entière, il recourra contre ses cohéritiers pour tout ce qu'il aura payé au-delà de sa part contributoire (art. 739 et 740).

L'ascendant donateur est un *héritier légitime* proprement dit, puisque l'article 630, qui établit sa vocation, fait partie du chapitre où la loi traite des successions autres que les successions irrégulières. J'en conclus : 1° qu'il est saisi de plein droit des biens composant la succession ouverte à son profit ; 2° qu'il est tenu *ultra vires* de la portion de dettes corrélative à la portion des biens dont il est investi ; à moins, bien entendu, qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire (1).

§ II.—*Dans quel cas l'ascendant donateur est appelé à succéder en cette qualité,—ou, en d'autres termes, des parents par qui il est exclu et des parents qu'il exclut.*

L'ascendant succède aux choses par lui données, lorsque le donataire est mort *sans postérité ;* il succède alors *à l'exclusion de tous autres parents.* Ainsi, l'ascendant donateur, quant aux choses par lui données, exclut tous parents autres que les descendants. La loi le préfère même aux héritiers qu'elle fait

(1) MM. Dem., t. 3, n° 54 *bis ;* Val. ; Demol., t. 13, n°s 481 *bis*, 482 et 552.—*Contra*, MM. Aubry et Rau, t. 6, § 640 *bis*, p. 717 et suiv. ; Dur., t. 6, n° 209 ; Laurent, t. 9, n°s 194 et suiv.

[[M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, n° 87, résume le débat, mais ne se prononce pas. Cependant, dans son traité des *Successions*, t. 1er, n°s 524 et 630 et suiv., il enseigne la même doctrine que Mourlon, ajoutant que cette solution était déjà admise dans l'ancien droit.]]

(*a*) On en donne une autre raison en France, c'est que le droit de retour établi au profit du père adoptif n'a lieu qu'à la charge de contribuer au payement des dettes (art. 351 C. N.). L'adoption n'a pas été érigée en système dans notre droit, et nous ne pouvons invoquer le secours de cet argument.

passer avant lui dans la succession ordinaire. Il résulte de là que la succession aux biens donnés est indépendante, séparée de la succession aux autres biens, et qu'ainsi l'ascendant donateur peut être appelé à la première, quoiqu'il ne soit pas appelé à la seconde. Exemples : Un ascendant fait une donation à son petit-fils ; le petit-fils donataire meurt sans postérité, laissant des frères et sœurs : l'ascendant donateur est exclu, quant à la succession ordinaire, par les frères et sœurs du *de cujus* (art. 632), tandis qu'il les exclut quant à la succession aux biens donnés. Un ascendant paternel fait une donation à son petit-fils ; celui-ci meurt sans postérité, laissant son père et son grand-père donateur : le grand-père succède au biens qu'il a donnés, à l'exclusion du père, et celui-ci aux autres biens, à l'exclusion du grand-père (a).

L'ascendant donateur est exclu par les descendants du donataire. Il importe peu qu'ils soient légitimes, ou seulement légitimés : car, aux termes de l'article 239, les enfants légitimés ont les mêmes droits que les enfants légitimes.

La présence des descendants ne fait pas obstacle au droit de l'ascendant, lorsqu'ils renoncent à la succession ou lorsqu'ils en sont écartés comme indignes : ils sont alors, aux termes de l'article 652, considérés comme n'existant pas quant à la succession. Mais s'ils ont eux-mêmes des enfants, ces enfants, bien qu'ils ne succèdent alors que de leur chef, excluent l'ascendant : celui-ci, en effet, n'est appelé à succéder qu'à défaut de *postérité*.

Lorsque le donataire laisse des descendants qui viennent à sa succession, le droit de retour s'évanouit : car la condition à laquelle il est subordonné est défaillie. De là il suit que, si les descendants qui ont succédé au donataire meurent sans postérité, l'ascendant donateur ne succédera pas aux choses qu'il a données à leur père et qu'ils ont recueillies dans sa succession. Il est vrai qu'aux termes de l'article 630, l'ascendant succède aux choses par lui données à ses enfants *ou descendants morts sans postérité,* ce qui semble indiquer qu'il a le droit de reprendre, dans la succession des enfants de son fils donataire, morts eux-mêmes sans postérité, les biens qu'il a donnés à leur père. Mais tel n'est pas la sens de ces mots *ou descendants morts sans postérité.* La loi a prévu deux cas : 1° celui où la donation a été faite au fils ; 2° celui où elle a été faite au petit-fils. Dans l'une et l'autre hypothèse, si le

---

a) En ce sens, Pothier, *Successions*, chap. II, sect. II, art. III, § 2.

donataire meurt sans postérité, l'ascendant succède aux choses par lui données. Que si la donation a été faite au fils, l'ascendant n'a pas le droit de reprendre dans la succession des descendants du donataire les biens qu'il a donnés à leur père et qu'ils ont recueillis dans sa succession. Effectivement, c'est en qualité d'ascendant *donateur*, c'est à son descendant *donataire*, aux choses par lui *données au* DE CUJUS, qu'il est appelé à succéder ; c'est, en un mot, un *donateur* qui succède à un *donataire*, ainsi que cela résulte des termes mêmes de l'article 630. Or, l'ascendant qui a donné à son fils n'a pas la qualité de *donateur* à l'égard des descendants de son fils ; ceux-ci ne sont pas *donataires*, puisqu'ils n'ont pas traité avec lui ; les choses que leur ascendant a données à leur père sont dans leur succession, non pas à titre de choses *données*, mais à titre de choses *acquises par succession*.

[[Remarquons cependant, que Pothier (*Successions*, chap. II, sect. II, art. III, § 2) enseignait que "cette préférence de l'as- " cendant donateur, sur les autres parents, a lieu non seule- " ment dans la succession de l'enfant qui était lui-même le " donataire, mais encore dans celle des enfants de cet enfant " donataire. Par exemple, j'ai donné à mon petit-fils un héri- " tage ; mon petit-fils l'a laissé, par succession, à son fils, mon " arrière-petit-fils, qui est mort sans enfants ; je serai préféré, " dans la succession de mon arrière-petit-fils, pour cet héritage, " à mon fils qui est l'aïeul du défunt, et par conséquent, plus " proche en degré que moi." Bugnet (t. 8, p. 80, note 2) dit que le code Napoléon a reproduit le texte et la pensée de Pothier, mais il reconnaît que cette solution est loin d'être admise aujourd'hui.

En effet, la jurisprudence en France est au contraire, et la plupart des auteurs enseignent la même doctrine (voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 747 C. N., n° 4, où les opinions pour et contre sont citées). On dit que la condition apposée par la loi pour l'exercice du droit de retour est définitivement défaillie du moment que le donataire n'est pas décédé sans postérité. S'il laisse une postérité, le retour ne saurait se produire. C'est aussi l'opinion de M. Baudry-Lacantinerie, n° 94. Je crois qu'il serait téméraire de rejeter l'interprétation de l'immense majorité des commentateurs français, d'autant plus qu'elle est certainement plus conforme au texte de notre article.]]

§ III.—*Des biens auxquels succède l'ascendant donateur.*

Il succède : 1° aux choses par lui données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire : *en nature*, c'est-à-dire *in specie*, ou, en d'autres termes, dans *leur identique individualité* ; 2° *à la créance du prix*, quand les biens ont été aliénés moyennant un prix qui est encore dû ; 3° *à l'action en reprise* que pouvait avoir le donataire.

I. " L'ascendant donateur succède aux choses par lui données, *lorsqu'elles se retrouvent en nature dans la succession du donataire.*"

Ainsi, le retour successoral n'a point lieu :

1° Lorsque les biens donnés ont péri par cas fortuit ou même par la faute du donataire. S'ils ont été détériorés par la faute du donataire, l'ascendant les reprend dans l'état où ils sont, au moment de l'ouverture de la succession. Quand, au contraire, ils ont augmenté de valeur, cette augmentation, si elle est naturelle ou accidentelle, profite évidemment à l'ascendant ; mais, si elle provient des dépenses qu'à faites le donataire, l'ascendant n'en profite-t-il qu'à la charge de tenir compte à la succession, dans la limite de la plus-value, des sommes déboursées par le *de cujus* ? La question est controversée. L'ascendant, dit-on, dans un premier système, n'a droit qu'aux choses qui viennent de lui, *qu'il a données* ; or, ce n'est pas lui, ce n'est pas la donation qu'il a faite, qui a mis dans la succession du *de cujus* la plus-value résultant des dépenses : dès lors il n'y a aucun droit (1). L'opinion contraire me paraît préférable. L'ascendant reprend les biens par lui donnés et qui se retrouvent en nature : tant pis pour lui s'ils ont été détériorés, tant mieux s'ils ont augmenté de valeur : la loi ne distingue pas ! elle a voulu, sans doute, éviter tout ce qui pourrait donner lieu à des débats entre l'ascendant et les autres héritiers (2).

---

(1) MM. Dur., t. 6, n° 246 ; Marc., article 747 C. N. ; Aubry et Rau, t. 6, § 640 *bis*, note 10 ; Laurent, t. 9, n° 199.

(2) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 57 *bis*, III ; Demol., t. 13, n° 559. [[Il n'en est pas de même, dans notre droit, du droit de retour conventionnel, car l'exercice de ce droit a lieu de la même manière, et avec les mêmes effets que l'exercice du droit de réméré dans le cas de vente (art. 779). Or, le vendeur qui reprend un héritage sous une clause de réméré, est obligé de payer les frais des réparations nécessaires et des améliorations qui ont augmenté la valeur de la chose, jusqu'à concurrence de cette augmentation (art. 1546). Ce qui différencie probablement le retour conventionnel

2° Lorsque le donataire les a aliénés par acte entre-vifs, à titre onéreux ou même gratuitement. Lorsqu'il les a, non pas aliénés complètement, mais seulement grevés de certains droits réels, par exemple d'un droit d'usufruit on de servitude, l'ascendant les reprend grevés de toutes ces charges : car, si *matériellement* parlant, les biens donnés existent, *pour le tout*, en en nature dans la succession du donataire, on peut dire *juridiquement* qu'ils n'y existent que moins les droits réels dont il les a grevés. De même que l'aliénation intégrale éteint pour le tout le droit éventuel de l'ascendant donateur, de même l'aliénation partielle l'éteint pour partie.

Deux questions se rattachent à cette matière :

1° Le bien que le donataire a laissé en nature dans sa succession, mais dont il a disposé *par testament* au profit d'un tiers, fait-il retour à l'ascendant ?

La négative ne me semble pas douteuse.

C'est vainement que le donateur dira : " Le bien que j'ai donné, le voilà ; c'est bien le même ; il existe dans la succession du donataire qui est mort sans postérité. Toutes les conditions exigées par la loi concourent dans l'espèce : donc, le droit de retour s'est ouvert à mon profit."

Le légataire répondra : " En quelle qualité prétendez-vous aux biens donnés ? n'est-ce pas comme *successeur légitime ?* Cela est bien évident, car l'article 630, qui règle votre droit, et qui est placée dans la matière des *succesions légitimes*, dit positivement que *vous succédez* aux choses par vous données. Or, en ma qualité de *légataire*, je vous exclus : [[car les parents ne succèdent qu'à défaut d'héritiers testamentaires.]] Le donataire avait le droit absolu de disposer des biens que vous lui aviez donnés : cela est encore évident, puisque, aux termes de l'article 630, le retour légal n'a pas lieu lorsque les biens donnés ne se retrouvent plus en nature dans la succession du donataire, par suite des donations qu'il a faites de son vivant " (1).

2° L'ascendant a-t-il droit aux choses par lui données, dans

---

du retour successoral ou légal, c'est que ce dernier est un droit de succession. Or, l'héritier recueille toujours l'hérédité dans l'état où elle se trouve, améliorée ou dépréciée. Ce n'est pas du reste la seule différence entre les deux droits de retour, comme on peut le voir au texte.]]

(1) MM. Dur., t. 6, nos 226-227 ; Val. ; Aubry et Rau, t. 6, § 108, note 44 ; Demol., t. 13. nos 521-522 ; Laurent, t. 9, no 188.—La cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens. [[Voy. aussi M. Baudry-Lacantinerie, no 96.]]

le cas où, après être sorties du patrimoine du donataire, elles y sont rentrées par suite d'une acquisition nouvelle ? Ainsi, le donataire vend la maison que lui a donnée son ascendant ; il la rachète et meurt sans postérité : l'ascendant peut-il la reprendre ?

A première vue, l'affirmative ne paraît pas douteuse. L'ascendant se présente comme donateur ; l'objet qu'il a donné se retrouve en nature dans la succession du donataire ; celui-ci est mort sans postérité : n'est-ce pas tout ce qu'exige l'article 630 ? Non, ce n'est pas tout ce qu'il exige ! il ne suffit pas que la chose donnée se retrouve en nature dans la succession du donataire ; il faut de plus qu'elle y soit *en tant que chose donnée.* Quel est, en effet, l'esprit de la loi ? Pourquoi autorise-t-elle l'ascendant à reprendre les choses par lui données, lorsqu'elles se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire ? Parce que, dans cette hypothèse, il est évident qu'elles viennent de l'ascendant, que c'est lui qui les a mises dans la succession, qu'elles ne s'y trouveraient pas sans la donation qu'il a faite au *de cujus* : il est juste alors qu'il les reprenne, puisque c'est lui qui en avait enrichi le donataire. Le droit de l'ascendant ne comprend donc absolument que les choses qui sont dans la succession du donataire *par suite de la donation qui lui avait été faite.* Or, si le donataire, après les avoir données ou vendues, les a acquises de nouveau, soit parce qu'il les a rachetées, soit parce qu'une autre personne que son ascendant les lui a données, on ne peut plus dire qu'elles viennent du donateur, que c'est la donation qui est cause qu'elles sont dans la succession du donataire ; elles y sont à tout autre titre ; ce sont des choses qu'il a *achetées* ou qui lui ont été données par une personne autre que l'ascendant. Dès lors le retour légal ne doit pas avoir lieu. S'il en était autrement, à quel résultat ne serait-on pas conduit ? Le donataire vend la maison que lui a donnée sa mère ; son père la rachète et lui en fait de nouveau donation : lequel des deux, du père ou de la mère, aura le droit de reprendre la maison ? La mère, dans le système que j'ai combattu. C'est elle qui recueillera le bien que son mari a, par sa libéralité, mis dans le patrimoine du *de cujus !* Dans notre système, au contraire, la maison appartient au père : c'est de lui qu'elle vient, c'est à lui qu'elle doit faire retour (1).

---

(1) MM. Bravard, *De l'étude et de l'enseignement du droit romain,* p. 285 ; Val. ; Aubry et Rau, t. 6, § 608, note 46 ; Marc., art. 747 ; Dem., t. 3, nº 58 *bis*, II ; Duc., Bonn, et Roust., art. 747 ; Dem

II. " Si les biens donnés ont été aliénés par le donataire, l'ascendant donateur recueille [[le prix s'il est encore dû " (*a*).]]

L'ascendant donateur doit respecter tous les actes à titre gratuit ou à titre onéreux par lesquels le donataire a disposé des choses données. D'où ce principe : *point de retour quant aux choses qui ont éte aliénées par le donataire.*

Ainsi, le donataire a vendu le bien que son ascendant lui avait donné ; ce bien ne peut point, je viens de le dire, faire retour au donateur ; mais *quid* quant au prix moyennant lequel il a été aliéné ? La loi distingue. Ce prix a-t-il été payé au donataire : point de retour. Est-il encore dû au donataire quand il meurt : la créance du prix passe au donateur.

III. " L'ascendant donateur succède aussi à l'*action en reprise* [[qui pouvait appartenir au]] donataire (*b*). Sous ces expressions *actions en reprise*, les auteurs comprennent :

1° Toute action par laquelle l'aliénateur d'un bien peut le faire rétroactivement rentrer dans son patrimoine en faisant *résoudre*, *rescinder*, *annuler* ou *révoquer* l'aliénation. Telles sont, comme exemple, les actions *en réméré* (art. 1546 et suiv.), — *en résolution* de vente, pour défaut de payement du prix, [[mais alors il faut, dans notre droit, que le droit de résolution ait été spécialement stipulé]] (art 1536 et suiv.),— *en nullité ou en rescision*, pour incapacité, erreur, dol ou violence (art. 991, 992, 993, 994 et suiv.), — et enfin *en révocation* d'une donation, pour cause d'inexécution des charges, [[mais encore

---

t. 13, n° 536 ; Laurent, t. 9, n° 189. – *Contra*, Dur., t., 6, n° 232. [[M. Baudry-Lacantinerie fait la distinction suivante que j'adopté. " Le " donataire a-t-il recouvré la propriété de la chose par lui aliénée, *ex* " *causâ antiquâ* ou *primosâ*, c'est-à-dire par suite de la résolution de l'alié- " nation qu'il avait consentie, comme si, après avoir vendu la chose à " *réméré*, il a exercé le rachat dans le délai convenu ? En pareil cas " l'aliénation que le donataire avait consenti, a été rétroactivement " anéantie ; c'est donc comme si elle n'avait jamais existé. D'où la consé- " quence que l'ascendant donateur pourra exercer son droit de retour " comme si la chose n'avait jamais été aliénée.

" Le donataire après avoir aliéné la chose, l'a acquise en vertu d'un " titre nouveau *ex novâ causâ*, en vertu d'une cause qui laisse subsister " l'aliénation par lui consentie : par exemple après avoir donné la chose, " il l'a achetée. Le droit de retour ne s'ouvrira pas dans ce cas au profit " de l'ascendant donateur " (n° 97). M. Baudry-Lacantinerie invoque pour cette dernière solution les raisons déjà indiquées dans le texte.]]

(*a*) L'article 747 du code Napoléon dit : " le prix *qui peut en être dû*." Il n'y a aucune différence quant au sens.

(*b*) Le code Napoléon dit : à l'action en reprise *que pouvait avoir* le le donataire. C'est encore une autre manière de dire la même chose.

là, il faut une clause révocatoire expresse (art. 816) (*a*).]]

Ainsi, quand l'aliénation consentie par le donataire est *résoluble*, *rescindable*, *annulable* ou *révocable*, l'action par laquelle il la peut faire *résoudre*, *rescinder*, *annuler* ou *révoquer*, revient, lors de son décès, s'il en est encore nanti à ce moment, à l'ascendant donateur.

2° Certaines actions *matrimoniales*, par lesquelles un conjoint peut reprendre, après la dissolution de la communauté ou du mariage, soit les biens qu'il avait constitués en dot, soit *d'autres valeurs équivalentes*. Donnons quelques exemples.

Un père donne une maison à sa fille, qui se marie ou qui est mariée sous le régime de la communauté. Le mari acquiert, comme chef de la communauté, le droit d'administrer cet immeuble et d'en jouir ; mais, quand vient la dissolution de la communauté, la femme a le droit de prélever l'immeuble dont elle a conservé la propriété (art. 1275, 1276, 1357-1° et 1381-1°). Cette action en prélèvement est une *action en reprise* (art. 1357).

La fille a vendu la maison que lui a donnée son père ; le prix a été payé et versé dans la caisse de la communauté, qui en a la jouissance, et, par suite, la propriété, mais sous l'obligation de rendre une somme égale à celle qu'elle a reçue (art. 452). L'action qu'à la femme pour se faire payer cet somme à la place de l'immeuble aliéné est également une *action en reprise* (art. 1303, 1305, 1357-1°, 1359 et 1381-1°).

Le mari achète une prairie et déclare, en l'achetant, que l'acquisition est faite avec les deniers provenant de la vente de la maison de sa femme et pour lui servir de remploi. Si la femme accepte le remploi, la prairie est subrogée au lieu et place de la maison. Le droit de la prélever, lors de la dissolution de la communauté, constitue encore une *action en reprise* (art. 1303, 1305, 1357, 1359, 1381).

Ces actions sont sujettes au droit de retour, lorsque le donataire en la personne duquel elles résident en est encore nanti au moment de son décès (1).

(*a*) En serait-il de même de l'action en révocation, pour cause d'ingratitude d'une donation des mêmes biens ? Il ne parait y avoir aucune raison d'en douter. Si l'action a déjà été intentée par le donataire, donateur à son tour, c'est un droit qu'on trouve dans sa succession. Si le donataire est mort sans l'avoir exercée, ce droit étant ouvert à ses héritiers pendant un certain délai, et l'ascendant étant héritier, il semble évident qu'on ne saurait lui refuser ce recours.

(1) M. Laurent, t. 9, n° 190. — Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 608. Ces savants jurisconsultes admettent bien que l'ascendant succède

§ IV.—*Du fondement ou du motif sur lequel repose le droit qu'a l'ascendant donateur de succéder, dans les cas que nous venons d'étudier, à la créance du prix ou à l'action en reprise.*

Lorsque les choses données ont été vendues par le donataire et que le prix en est encore dû, le droit de le recueillir passe à l'ascendant donateur. L'ascendant succède également aux *actions en reprise* que le donataire a laissées dans sa succession. Sur quelle considération la loi s'est-elle fondée pour appeler l'ascendant à succéder dans les deux cas dont il s'agit ? Il y a sur ce point deux explications, auxquels leurs auteurs attachent (bien à tort, selon moi) une importance extrême.

1re *explication.* — Quand la chose donnée a été vendue par le donataire et qu'il en a *reçu le prix*, elle sort irrévocablement de son patrimoine, l'aliénation qui l'en retire étant elle-même *irrévocable* ou définitive. Partant, point de droit de retour : la loi, en effet, ne l'applique qu'aux choses données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire.

Lors, au contraire, que le prix de vente *est encore dû*, on ne peut point dire que l'aliénation est irrévocable ; elle ne l'est point, puisque le donataire qu'il l'a consentie peut, si l'acheteur ne le paye pas, la faire résoudre et, par cette résolution, reprendre *en nature* la chose venduë, [[mais seulement, dans notre droit, lorsque la résolution de la vente, faute de paiement du prix, a été spécialement stipulée (art. 1536 (*a*).]] Or, c'est une maxime de notre droit, qu'avoir une action pour reprendre rétroactivement une chose aliénée, c'est avoir cette chose même : *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Là, est le motif et l'explication du droit de l'ascendant : il reprend la créance du prix, parce que cette créance lui permettra, si elle n'est point payée, de reprendre *en nature la chose par lui donnée.*

---

aux créances nées des actes mêmes d'aliénation passés par le descendant (p. 353, note 35) ; mais ils n'admettent pas qu'il succède à l'immeuble acquis en remploi conformément aux articles 1305 et 1306 (p. 360, note 48).

(*a*) Cette réserve que le droit français moderne ne fait pas, enleve à cette considération une grande partie de la force qu'elle peut avoir sous l'empire du code Napoléon, car ce n'est qu'exceptionnellement qu'on pourrait l'invoquer. Or, le droit de succéder à l'actien en reprise, est l'objet d'une règle générale.

Ce qui vient d'être dit explique également pourquoi il succède aux *actions en reprise*, telles que l'action en réméré, l'action en nullité ou en rescision pour incapacité, erreur, dol ou violence, et enfin l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (*a*). Le donataire auquel elles appartenaient n'avait, en effet, qu'à y recourir pour recouvrer *en nature* l'objet que son ascendant lui avait donné. Partant, et de par la maxime *Qui habet actionem*.... les choses se doivent passer, au regard du donateur, comme si l'objet qu'il a donné était réellement *en nature* dans la succession du donataire.

En ce qui concerne les actions en reprise existant d'époux à époux et dont nous avons donné plusieurs exemples, nous avons vu qu'elles ont pour objet tantôt *la chose même* qui est entrée du patrimoine du donateur dans celui du donataire, tantôt *l'équivalent de cette chose.*

Au premier cas, point de difficulté. La chose donnée se retrouve réellement *en nature* dans la succession du donataire : rien, par conséquent, ne fait obstacle au droit de retour du donateur.

Au deuxième cas, nous pensons que le retour a également lieu. Nous ne pouvons plus ici l'expliquer par la maxime *Qui habet actionem*.... La disposition qui, suivant nous, le consacre, semble dès lors déroger au principe que le droit de l'ascendant donateur ne s'applique qu'aux choses données qui se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire. Il n'en est rien, pourtant. Comprenons bien les faits. Lorsqu'un ascendant donne à son enfant, par contrat de mariage ou pendant le mariage, des valeurs qui, *d'après les conventions matrimoniales du donataire*, doivent *immédiatement* passer dans le domaine de la communauté ou du conjoint du donataire, sauf l'*action en reprise* de ce dernier contre son conjoint ou contre la communauté, n'est-il pas vrai que *effectu inspecto*, c'est cette action en reprise *qui est l'objet donné ?* Donc, quand elle est attribuée au donateur, il ne fait que reprendre, *en nature, la chose qu'il a donnée !*

Résumons et concluons. L'ascendant ne succède aux choses par lui données, qu'autant qu'elles se retrouvent *en nature* dans la succession du donataire.

Telle est la règle, la règle unique.

(*a*) Il faut encore, dans ce dernier cas, une stipulation expresse (art. 816). Notre droit diffère en cela du droit français moderne.

Si l'ascendant est appelé à recueillir *la créance du prix* et *l'action en reprise*, c'est que cette créance et cette action ont encore pour objet la *chose donnée*, puisqu'elles peuvent effectivement la faire rentrer *en nature* dans ses mains.

De là cette nouvelle règle : le donateur ne succède jamais à des choses *autres que celles qu'il a données*.

Il en est ainsi, quand même il serait certain ou avoué que les choses auxquelles il prétend succéder ont été *acquises avec les choses données*, ou *avec l'argent en provenant*.

Soient les questions suivantes :

1° Un enfant a reçu de son ascendant une somme d'argent, avec laquelle il a acheté un immeuble ; l'origine des deniers avec laquelle il a payé le prix de cette acquisition est, je le suppose, certaine et incontestable :—le donateur succède-t-il à l'immeuble acquis avec l'argent qu'il a donné ?

2° Un enfant a reçu de son ascendant un immeuble, qu'il a vendu, le prix a été payé et employé à acquérir un autre bien ; l'origine de cette acquisition n'est pas contestée :—le donateur succède-t-il au bien acquis avec l'argent provenant de la vente de l'immeuble que son enfant tenait de lui ?

3° Un enfant a reçu de son ascendant un immeuble qu'il a échangé contre un autre immeuble :—le donateur succède-t-il à l'immeuble acquis en échange de celui qu'il a donné ?

Sur ces divers points, une fois admis le principe qui vient d'être exposé, la négative est manifeste (1).

Deuxième explication. — La précédente explication peut être combattue par les raisons suivantes :

1° Ceux qui la proposent soutiennent que, si l'ascendant donateur succède à la créance du prix, c'est que, *par l'action en résolution* que la loi attache à cette créance, il peut reprendre *en nature* la chose qu'il a donnée.

Une observation bien simple va nous montrer que cette idée est inadmissible. Plaçons-nous dans les espèces qui suivent :

a. Le donataire, créancier du prix de vente, a renoncé à son action en résolution ;

b. L'immeuble qu'il a vendu a péri dans les mains de l'acheteur : partant, plus d'action en résolution ;

c. Le donataire non payé du prix, a formé une demande en

---

(1) MM. Dem., t. 3, n° 58 *bis*, 1 et s. ; Marc., art. 747 ; Duc., Bonn. et Roust., t. 2, n° 483 ; Demol., t. 13, nos 524 et s. ; Laurent, t. 9, nos 185 et s.

résolution contre un *tiers acquéreur*, et celui-ci lui a opposé une prescription : l'action en résolution de la vente est éteinte, quoique, je le suppose, la créance du prix subsiste encore, ce qui est possible ;

d. Enfin les choses données sont des marchandises, le donataire les a vendues et livrées à un commerçant ; [[les delais pour revendiquer sont passés ou les conditions auxquelles le droit de revendication est subordonné n'existent pas]] : ici encore l'action en résolution fait défaut.

[[Ajoutons, dans notre droit, la considération autrement péremptoire et qui doit faire rejeter la première explication, que le vendeur d'immeuble n'a pas l'action en résolution, lorsqu'il ne l'a pas spécialement stipulée (art. 1536).]]

Le donataire, en ces divers cas, laisse dans sa succession sa créance du prix et *point d'action en résolution.* En conclut-on que sa créance ne passe point au donateur ? personne n'ose ! Dès lors, que devient l'explication proposée ?

On répond qu'en effet le donateur succède à la créance du prix, *même au cas où l'action en résolution ne l'accompagne point.* " Mais, dit-on, parce que l'article 630 embrasse dans la généralité de ses termes, quelques cas singuliers où l'action en résolution n'accompagne point la créance du prix, en pouvons-nous conclure que la règle qu'il consacre n'a pas été faite pour les cas ordinaires, où ces deux droits coexistent dans la succession du donataire ? Ce serait peu logique ! Tout le monde sait que souvent il arrive qu'une hypothèse spéciale, à laquelle la loi n'a point songé, se trouve comprise dans le texte général, fait en vue des hypothèses les plus ordinaires (*a*)."

Cette réponse à l'objection n'est qu'une échappatoire. Les cas où l'action en résolution n'accompagne point la créance du prix sont, en effet, trop nombreux pour qu'ils n'aient point frappé l'attention de la loi, [[surtout dans notre droit où le droit de résolution doit être expressément stipulé.]] Or, si elle a passé outre, c'est que, dans sa pensée, sa disposition est indépendante de l'existence de l'action en résolution.

2° Lorsque l'action en résolution accompagnera la créance du prix, l'ascendant ne pourra point, dans la plupart des cas, s'en prévaloir et l'utiliser. Le prix lui sera, en effet, presque

(*a*) Que vaut cette réponse dans notre droit où l'action en résolution, pour défaut de paiement du prix, est l'exception, l'impossibilité de demander la résolution de la vente, la règle générale ?

toujours offert et payé. Comment, dès lors, soutenir encore qu'il ne peut, en aucun cas, reprendre une chose *autre* que celle qu'il a donnée ?

3° Passons aux actions *en reprise* que nous avons appelées *matrimoniales*. Nous avons vu qu'elles ont souvent pour objet une chose *autre* que celle qui est sortie du patrimoine du donateur pour entrer dans celui du donataire. Elles font néanmoins retour à l'ascendant. Il reprend donc, en ce cas encore, des choses *autres* que celles qu'il a données.

" Non, dit-on, il ne reprend que ce qu'il a donné. Les choses dont il s'est dépouillé au profit de son enfant ont été, en effet, données avec *cette destination* qu'elles passeraient immédiatement, d'après les conventions matrimoniales du donataire, de son patrimoine dans celui de son conjoint ou de la communauté, sauf l'*action en reprise* qui, d'après les mêmes conventions, lui est expressément ou tacitement réservée. Qui ne voit dès lors que la donation n'a réellement pour objet, dans l'espèce, que cette *action en reprise* ? "

Cette explication, quoique subtile, peut être acceptée en certains cas. Mais, si je montre qu'elle ne peut pas l'être *toujours*, il est clair que par là même elle devra être écartée.

Un père a donné à sa fille, par son contrat de mariage ou pendant le mariage, un bien immobilier ; la donataire est mariée sous le régime de la communauté ; l'immeuble qu'elle tient de son ascendant ayant été vendu, le prix a été payé aux mains de son mari :—à quoi succédera, en ce cas, l'ascendant ? *A l'action en reprise* que sa fille aura laissée dans sa succession. Cette action, quelle chose aura-t-elle pour objet ? Une somme d'argent s'il n'a pas été fait remploi du prix, ou, dans le cas contraire, le bien qui remplacera l'immeuble aliéné (art. 1303, 1305, 1357). Or, dans l'espèce, l'immeuble qui a été donné l'a-t-il été sous cette *destination*, " qu'il serait, par le résultat des conventions matrimoniales de la donataire, immédiatement aliéné et remplacé, soit par une créance de somme d'argent, soit par un autre immeuble, de manière qu'elle n'acquerrait en réalité, au moment de la donation et par la donation, que cette créance ou ce nouvel immeuble ? " Personne ne le soutiendra !

Prenons une espèce plus décisive encore. Supposons que l'immeuble a été donné *longtemps avant* le mariage de la donataire : personne ne niera qu'en ce cas il a été donné purement. simplement et sans *aucune destination*. C'est donc bien réellement l'immeuble que la donation a eu pour objet. Néan-

moins, et à supposer que par la suite la donataire l'aliène et acquière, par cette aliénation, une *action en reprise* contre la communauté, cette action, quoiqu'elle ait pour objet une *chose autre que celle qui a été donnée*, fera retour à l'ascendant.

On a, il est vrai, répondu qu'en l'espèce le donateur ne succède point à l'*action en reprise*. "Il n'y succède point, a-t-on dit : car, dans les conditions où la donation a été faite, il est constant qu'elle a eu pour objet l'immeuble même dont s'est dépouillé l'ascendant, et nullement une simple créance ou une action quelconque en reprise."

Voilà qui est purement arbitraire. La loi distingue-t-elle ? Tout au contraire, sa formule est générale et absolue. L'ascendant, d'après la loi, succède à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire.

Ainsi, sachons le reconnaître, quoique le donataire ait, dans les hypothèses où nous venons de nous placer, acquis directement et très réellement un certain immeuble, le donateur reprendra une somme d'argent ou un autre immeuble, c'est-à-dire *une chose autre que celle qui a été donnée.*

Partant, la première explication n'a plus aucune espèce de fondement.

Quelle est donc la véritable pensée du législateur ? C'est ce qu'il reste à rechercher.

Lorsque les choses données se retrouvent *en nature* dans la succession, point de difficulté, *ces choses* font retour à l'ascendant. Lors, au contraire, qu'elles ne s'y retrouvent pas, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été aliénées par le donataire, le donateur, cela est encore évident, ne peut point les reprendre ; il ne le peut point, puisqu'elles appartiennent à un tiers qu'il ne lui est point permis d'évincer.

Voilà ce que nous apprend le premier alinéa (*a*) de l'article 630 sainement entendu.

Lorsqu'il fut soumis à l'examen du Conseil d'Etat, M. Tronchet fit remarquer qu'il ne prévoyait point toutes les hypothèses qui se pouvaient présenter. "Si, dit-il, les choses données se retrouvent en nature dans la succession, point de difficulté, le donateur les reprendra. Si elles ont été aliénées, il ne les reprendra pas. Mais s'il y a eu remploi des choses aliénées ?..." Sur ce chef, la loi était muette (Fenet, t. 12, p. 24).

(*a*) L'article 747 du code Napoléon est divisé en trois alinéas, notre article n'en a que deux. Il s'agit de la première partie du premier alinéa de notre article. Suivant mon habitude, je cite notre article, et cette note expliquera l'emploi du mot "alinéa" dans le texte.

Ainsi, dans la pensée de Tronchet, la loi laissait en souffrance la question de savoir si l'ascendant donateur succéderait ou non aux biens acquis en échange des choses par lui données ou acquis avec l'argent en provenant. Le deuxième alinéa de notre article eut à statuer à cet égard (*a*).

La solution qu'il donne nous est connue ; cherchons-en l'esprit.

La loi a dû évidemment déduire cette solution des motifs généraux sur lesquels elle a fondé le droit de retour lui-même. Conséquemment, nous devons croire qu'elle est partie de cette idée : il est juste et utile que l'ascendant reprenne tout ce dont il a enrichi la succession, soit immédiatement, soit médiatement, et qu'ainsi il succède, soit aux choses par lui données, soit, quand elles ont été aliénées, aux biens acquis en remploi, pourvu que, dans ce dernier cas, l'origine et l'identité des biens qui ont pris leurs place soient *certaines et non contestables.*

Lorsque les choses données ont été vendues et que le prix en provenant a été payé, rien ne prouve que la donation a enrichi la succession du donataire. Il a pu, en effet, dissiper le prix qu'il a touché. S'il existe dans la succession une somme égale à celle qui a été versée entre ses mains, rien n'établit qu'elle provient de l'aliénation de la chose donnée : car rien ne fait connaître l'origine de cette somme. C'est peut-être le prix de vente ; peut-être vient-elle d'une autre source ? En ce cas, point de retour.

Lors, au contraire, que la créance du prix se trouve dans la succession du donataire, aucun doute n'est possible : il est *évident* que c'est la donation qui est cause qu'elle s'y trouve ; il est *incontestable* qu'elle n'y serait point si l'ascendant n'eût donné la chose en échange de laquelle elle a été acquise. Or, s'il est *certain* et *manifeste* qu'elle vient de lui, sinon immédiatement, au moins médiatement, s'il est, en un mot, constant que c'est lui qui en a enrichi la succession, quoi de plus naturel qu'il l'a reprenne ?

Le même motif explique pourquoi il succède également aux actions *en reprise* que le donataire a laissées dans sa succession. La nature même de ces actions établit, en effet, leur origine. Il est certain qu'elles ont été acquises en échange des biens aliénés : partant, elles les représentent.

Ainsi, vu l'origine certaine de la créance, du prix et de l'action en reprise, la loi décide que ces biens seront *subrogés* aux

---

(*a*) Il s'agit de la deuxième partie du premier alinéa de l'article 630.

choses données ; que, puisqu'ils en sont l'équivalent et qu'ils les représentent, ils feront, à ce titre, retour à l'ascendant donateur.

Le principe de cette *subrogation* une fois admis, on en a, par analogie, déduit la conséquence générale que le donateur peut reprendre les choses, quelles qu'elles soient, que le donataire a acquises en échange des choses données ou avec l'argent provenant des choses données.

Toutes les fois, en un mot, que le donateur peut dire, d'une manière certaine : *Voilà ce que jai donné*, ou : *Voilà ce qui a été acquis avec ce que j'ai donné*, le retour a lieu.

Ainsi, a-t-on dit, il faudra résoudre *affirmativement* les trois questions posées, *supra*, p. 343, questions qui, dans le premier système, sont résolues *négativement*.

Rappelons notamment la troisième question. Au lieu de vendre la maison A que lui a donnée son ascendant, le donataire l'échange contre une maison B : l'ascendant succédera-t-il à la maison B ? Oui, évidemment ! car il peut dire d'une manière certaine : *Voilà ce qui a été acquis avec le bien que j'ai donné.*

Il n'y a, quant au point de vue qui nous occupe, aucune différence à faire entre la vente dont le prix est encore dû et l'échange. Le donatairé, en effet, a reçu, en échange de sa maison, dans le premier cas, un droit de *créance*, et, dans le deuxième, un droit de *propriété*. Or, si l'ascendant peut succéder au droit de *créance*, à bien plus forte raison doit-il être admis à succéder au droit de *propriété*, acquis directement en échange de la maison qui vient de lui : car ici la représentation est plus directe, plus évidente, plus palpable, que lorsque l'objet donné est représenté par la créance du prix. Qu'est-ce d'ailleurs que l'*action en reprise* qui fait retour à l'ascendant, si ce n'est, en certains cas, le droit de reprendre un bien acquis *en échange* de la chose donnée ?

Cette solution, il est vrai, ne marche point d'accord avec le texte de l'article 630. Mais, qu'importe, pourvu qu'elle soit logiquement déduite de la nature même du but auquel il vise, et surtout de l'esprit des solutions qu'il applique au cas particulier que la loi y a prévus ? Si nous ne voulons point nous résigner aux plus injustes inconséquences, gardons-nous de cet asservissement aveugle qui tue la pensée de la loi sous sa lettre judaïquement appliquée. Nous le devons d'autant plus que, selon l'expression de Domat, le droit que notre article

consacre est si *plein d'équité* qu'on ne saurait le contester *sans inhumanité* (1).

Je viens d'exposer deux doctrines. Laquelle est la bonne ? Les motifs par lesquels on explique, dans la première, le 2e alinéa (*a*) de l'article 630 sont-ils exacts ? J'inclinerais plutôt vers les motifs invoqués dans la deuxième ; mais je n'ose rien affirmer. J'aime mieux l'avouer, si quelqu'un me demandait quelles considérations ont inspiré le législateur quand il a écrit la 2e partie de l'article 630, je répondrais sans rougir que *je ne le sais pas*. L'histoire est muette ; les travaux préparatoires du code [[Napoléon]] sont nuls : rien ne nous éclaire !

J'en conclus que ce qu'il y a de mieux à faire, c'est de s'en tenir purement et simplement au texte de la loi. Toute solution qui le respecte est bonne ; toute solution qui s'en écarte est mauvaise.

Je vais plus loin ! Lors même qu'il serait parfaitement vrai que les décisions de la loi sur la créance du prix et sur l'action en reprise ont pour fondement la donnée de *subrogation* que développe la deuxième doctrine, je ne consentirais point à les étendre par analogie à des hypothèses que la loi n'a point prévues. Le droit dont est investi l'ascendant donateur constitue, dans l'ordre successoral, une succession tout à fait *exceptionnelle* : en conséquence, dès que le texte qui le régit ne nous oblige plus, nous devons nous hâter de rentrer dans le droit commun.

— En somme donc, quel que soit le parti que l'on prenne sur les motifs de la loi, on doit, selon moi, la traduire ainsi :

A l'ascendant, 1° les choses qu'il a données, si elles se retrouvent *en nature* dans la succession ; 2° le créance du prix en provenant et non encore payé, si elles ont été vendues ; 3° les actions en reprise (quelles qu'elles soient) que le donataire a laissées dans sa succession.—*Tous* les autres biens du donataire, à ses héritiers ordinaires.

---

(1) MM. Delvincourt, t. 2, p. 38 ; Toullier, t. 4, n° 245 ; Dur., t. 6, nos 233 et 240 ; Aubry et Rau, t. 6, § 608, notes 35 et 41. — MM. Aubry et Rau, qui admettent la possibilité de subrogations réelles en dehors du texte de la loi, n'admettent pas que l'ascendant succède à l'immeuble acquis en remploi de l'immeuble donné. *Vice versâ*, M. Laurent, après avoir, en principe, refusé à l'ascendant le droit de succéder aux choses qui remplacent les choses données, lui reconnaît le droit de succéder à l'immeuble acquis en remploi : le remploi, dit-il est une subrogation consacrée par la loi.

(*a*) Lisez : deuxième partie du premier alinéa.

La jurisprudence pratique, en notre matière, une doctrine de pure fantaisie.

L'ascendant a-t-il donné une somme d'argent : le retour à lieu à son profit, pourvu que le donataire ait laissé une somme d'argent, *quelle que soit son origine*, ou, à défaut de numéraire, des billets, c'est-à-dire des créances, *quelle que soit leur cause.* — *Vice versâ*, l'ascendant a-t-il donné des créances de sommes, des rentes sur l'État ou sur particuliers, des billets : il succède, soit aux sommes égales qu'il trouve dans la succession, soit à des créances ou des actions *autres* que celles qui ont été données. En effet, dit la jurisprudence, les sommes ou les créances de sommes qu'a laissées le donataire *représentent les sommes données* et *vice versâ* (1).

Ces décisions n'ont d'autre fondement que l'arbitraire du juge : tout y répugne, le texte et l'esprit de la loi.

[[La solution que donne Mourlon est également celle qu'enseigne M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, n 99 (*a*). Il repousse la doctrine de la subrogation réelle. On oublie, dit-il, que la subrogation réelle est de droit étroit et qu'on ne peut l'admettre sans un texte ni l'étendre d'un cas prévu à un autre non prévu. On peut, en consultant Sirey et Gilbert, sur l'article 747 C. N., n° 13, se rendre compte du partage d'avis sur cette question en France, et la majorité des auteurs admettent le droit de l'ascendant de recueillir la chose reçue par le donataire en contre-échange de la chose que lui avait donnée le donateur. J'hésite à exprimer une opinion en présence de cette scission parmi les maîtres de la science légale. Je puis toutefois soumettre quelques considérations que le lecteur appréciera. Il est clair que l'article 630 est une disposition exceptionnelle et qu'on semble l'étendre en accordant au donateur le droit de reprendre la chose reçue en échange de la chose donnée. D'un autre côté, on dira : " l'argent n'est qu'un instrument d'échange, toute vente n'est qu'une échange d'une chose contre une somme de deniers ; si l'ascendant peut recueillir le prix de la chose donnée, si ce prix est encore dû, pourquoi ne reprendrait-il pas la chose donnée en échange quand on a échangé chose contre chose " ? Je ne crois pas que cette raison soit valable. L'ascendant ne recueille pas le *prix payé*, il n'a droit qu'au *prix promis mais non payé.* J'admettrais bien, si une chose a été promise en échange et

(1) Voy. notamment l'arrêt de la cour de cassation du 30 juin 1817.

(*a*) Voy. aussi le même, *Successions*, t. 1er, nos 575 et suiv.

que cette chose soit encore due, que l'ascendant aura droit à cette chose, car le mot "*prix*" ne signifie pas seulement une somme d'argent, il s'entend généralement de la *valeur* représentative d'une chose (*a*), et ne serait-ce pas donner à ce mot un sens judaïque que de le limiter, dans l'interprétation de l'art 630, aux sommes d'argent promises en retour de l'aliénation d'une chose (*b*) ? Mais j'assimile la chose déjà reçue au prix payé. Je sais bien qu'on me répondra que l'ascendant ne reprend pas le prix parce qu'il est impossible de dire que telle somme trouvée dans la succession du donataire provient de la vente de la chose donnée par l'ascendant, tandis que ce doute n'existe pas pour la chose reçue en échange. Cette réponse serait péremtoire s'il s'agissait d'une disposition que nous pourrions étendre. Mais la disposition de l'article 630 est exceptionnelle. Elle n'accorde à l'ascendant que la créance ; or, il n'y a plus de créance dans l'espèce.]]

§ V. — *Différences entre les successions ordinaires et la succession dévolue à l'ascendant donateur.*

La succession à laquelle est appelé l'ascendant donateur est connue sous le nom de succession *anomale* ou *exceptionnelle*. Régie par des règles particulières, elle diffère, sous trois rapports, des successions ordinaires :

1° On ne recherche pas, dans les successions ordinaires, l'*origine* des biens pour en régler la dévolution (art. 599).—Il en est différemment en matière de succession anomale : l'ascendant succède aux biens qu'il a donnés, *qui viennent de lui ;*

2° Les héritiers ordinaires succèdent à l'universalité ou à une fraction de l'universalité des biens laissés par le défunt. — L'ascendant donateur ne succède, en cette qualité, qu'aux biens par lui donnés, c'est-à-dire à des objets déterminés ;

3 La succession dévolue à l'ascendant donateur est indépendante de l'ordre et du degré auxquels est dévolue la succession ordinaire. Aussi, avons-nous vu qu'en sa qualité d'ascendant

---

(*a*) Dalloz, Rép., v° *Prix*.

(*b*) Huc. t. 5, n° 85, p. 110, donne une interprétation extensive au mot "*prix*" dans l'art. 747 du code Napoléon qui correspond à notre article 630, et M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 9, n° 573, dit qu'il importe peu que le prix soit en argent, en denrées ou autres valeurs.

donateur, il exclut, quant aux choses par lui données, des parents qui l'excluent dans la succession ordinaire.

Lorsqu'il est appelé à la fois à la succession *anomale* et à la succession *ordinaire*, l'ascendant peut accepter la première et répudier la seconde : le principe qu'on ne peut pas accepter, pour partie, la succession à laquelle on est appelé, est ici sans application, puisque, dans l'espèce, l'ascendant est appelé, en deux qualités différentes, à deux successions qui sont distinctes et indépendantes.

Mais quel intérêt peut-il avoir à accepter la succession anomale tandis qu'il répudie la succession ordinaire ? lorsque la succession ordinaire est *onéreuse*, la succession anomale ne l'est-elle pas également ? Oui, sans doute ; mais, si l'ascendant attache un prix d'affection aux biens qu'il a donnés, on conçoit qu'il peut avoir intérêt à accepter la succession anomale, nonobstant l'obligation de contribuer au payment des dettes que cette acceptation met à sa charge.

Peut-il accepter la succession *ordinaire* et répudier la succession *anomale ?* Il le peut certainement, quand il est en concours avec d'autres héritiers : les biens donnés étant alors confondus dans la succession ordinaire, il n'y aura qu'une seule succession, qui se partagera entre l'ascendant et ses cohéritiers, en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux succédera. Bien plus, il le peut même au cas où il est seul appelé aux deux successions. Il est vrai que, dans cette dernière hypothèse, il retrouvera confondus dans la succession qu'il aura acceptée les biens que comprenait la succession qu'il aura répudiée ; mais remarquez qu'alors il succédera aux biens donnés, en sa qualité d'*héritier ordinaire*, non plus comme *ascendant donateur*. Or, cette distinction est importante : il est, en effet, généralement admis qu'au cas où les deux successions restent distinctes, il n'y a jamais lieu de parler de réserve pour ou contre l'ascendant donateur (1).

[[M. Baudry-Lacantinerie, n° 89, enseigne qu'il résulte de la différence qui existe entre la succession anomale et la succession ordinaire que l'ascendant ne sera pas réputé cohéritier avec les héritiers ordinaires. Il ne sera donc pas tenu au rapport des choses reçues du défunt vis-à-vis des héritiers ordinaires, ni ceux-ci vis-à-vis de lui. Il n'y aura pas indivision

---

(1) Voy., sur ce chef, M. Demol., *Des successions*, t. 1er, nos 488 et 489 ; *Des donations*, t. 2, nos 123 et suiv.

[[Remarquons qu'il n'y a pas de *réserve* dans notre droit.]]

entre eux, partant, pas lieu à un partage. L'ascendant ne pourra pas exercer le retrait successoral contre celui à qui l'héritier ordinaire a cédé ses droits successifs, ni réciproquement. Enfin, s'il y a plusieurs héritiers appelés à la succession ordinaire et que l'un d'eux renonce, sa part accroîtra aux autres qui sont ses cohéritiers mais non à l'ascendant donateur. Toutes ces solutions doivent être accueillies dans notre droit.]]

SECTION VI. — DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES.

§ I.—*Généralités.*

[[Il n'y a que deux successeurs irréguliers dans notre droit : le conjoint survivant et, son défaut, l'État. L'un et l'autre ne succèdent que lorsqu'il n'y a aucun parent acceptant au degré successible du défunt, c'est-à-dire lorsque les seuls parents qui existent sont au delà du douzième degré du *de cujus*. Ces successeurs irréguliers n'acquièrent pas de plein droit l'exercice des droits successifs comme les héritiers légitimes, ils doivent se faire envoyer en possession de l'hérédité. J'ai posé ce principe général en commentant l'article 607 (*a*), j'aurai maintenant à expliquer les formalités que les successeurs irréguliers ont à remplir pour se faire envoyer en possession de la succession du défunt.

Cas des enfants naturels.—Constatons cependant ici une profonde différence entre notre droit et le droit français moderne qui a innové à l'ancien droit. Les successions irrégulières, au code Napoléon, sont traitées dans un chapitre au lieu de ne l'être, comme dans notre code, dans une section qui fait partie du chapitre III. Le chapitre du code Napoléon se divise en deux sections. Dans la première, il est question des droits des enfants naturels sur les biens de leurs père et mère, et de la succession aux enfants naturels décédés sans postérité ; dans la seconde, on explique les droits du conjoint survivant et de l'État.

Il sera intéressant, à titre d'étude comparative de la jurisprudence canadienne et française, de rendre compte des dispositions du code Napoléon, quant aux droits des enfants naturels reconnus à la succession de leurs père et mère, et quant à la succession aux biens de ces enfants naturels eux-mêmes. Comme je l'ai dit, il y a là une profonde innovation à l'ancien

---

(*a*) *Supra*, pp. 272 et suiv.

droit français, dont notre code est ici la fidèle expression.

Le code Napoléon pose le principe que les enfants naturels ne sont point héritiers, et il ajoute que la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leurs père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus ; elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère (art. 756 C. N.). Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue, s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères ni sœurs (art. 757 C. N.). Au contraire, l'enfant naturel a droit à la totalité de la succession, lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible (art. 758 C. N.). En cas de prédécès de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédants (art. 759 C. N.). L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport, d'après les règles qui régissent les rapports (art. 760 C. N.). Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié (art. 761 C. N.). Toutes ces dispositions reconnaissant des droits successifs aux enfants naturels ne regardent que les enfants naturels simples ; elles ne sont pas applicables aux enfants naturels adultérins ou incestueux, à ceux-ci, la loi n'accorde que des aliments (art. 762 C. N.), et ces aliments sont réglés, eu égard aux facultés du père ou de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes (art. 763 C. N.). Lorsque le père ou la mère de l'enfant adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique, ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession (art. 764 C. N.).

Voilà pour les droits successifs des enfants naturels sous le code Napoléon. Voyons maintenant comment ce code règle la succession de ces enfants naturels eux-mêmes. Lorsque l'enfant naturel est décédé sans postérité, sa succession échoit au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par l'un et par l'autre (art. 765 C. N.). En cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux frères ou sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession : les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix de ces biens aliénés, s'il en est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels, ou à leurs descendants (art. 766 C. N.).

Rien de tout cela n'existe dans notre droit et n'existait dans le droit civil de l'ancien régime. Les enfants naturels, reconnus ou non, n'ont aucun droit successif (*a*). Il n'est pas nécessaire de parler des enfants naturels légitimés, car ceux-là ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage qui les a légitimés (art. 239), et, quant aux enfants naturels incestueux ou adultérins, cette faveur de la légitimation leur est déniée.

Mais en est-il de même de la succession de l'enfant naturel quand celui-ci ne laisse pas de descendants, les seuls parents légitimes qu'il peut avoir ? Le père ou la mère de cet enfant naturel peut-il lui succéder alors ? ou s'il ne le peut pas, à qui sera attribuée sa succession ?

Il n'est aucun doute que la même règle s'applique. Les père et mère de l'enfant naturel même reconnu mais non légitimé, ne sont pas ses parents légitimes ; donc, ils ne lui succèdent pas. Ils ne lui succèdent pas, dit Pothier (*Successions*, ch. I, sect. II, art. 3, § 3) " parce que la parenté qui est entre eux, " étant formée par une conjonction illégitime, n'est point une " parenté légitime qui puisse donner droit de succéder " (*b*). Alors, qui succédera à l'enfant naturel décédé sans descendants ? La réponse est facile. N'ayant pas de parents légitimes, l'enfant naturel, dans ce cas, n'a pas d'héritiers légitimes ; il ne peut avoir que des successeurs irréguliers. Son conjoint lui succédera donc s'il lui survit, et s'il est prédécédé,

---

(*a*) L'article 310 de la coutume de Paris, disait : " Enfants bâtards ne " succèdent."

(*b*) Voy. aussi le même auteur, *Introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans*, no 13.

la succession appartiendra au souverain par droit de déshérence (*a*).

Bien entendu, l'enfant naturel, même incestueux ou adultérin, peut recevoir par testament (*b*), et dans tous les cas ces enfants naturels peuvent léguer ou donner leurs biens à leurs parents naturels. La loi exige donc une manifestation de la volonté du défunt pour permettre que sa succession aille à ses parents naturels.

Nous allons maintenant nous occuper des successeurs irréguliers, le conjoint survivant et le souverain.

§ II. — *De la succession déférée au conjoint survivant.*

L'article 636 qui s'applique aux deux espèces de successeurs irréguliers, se lit ainsi qu'il suit :

636. " Lorsque le défunt ne laisse aucun parent au degré " successible, les biens de sa succession appartiennent à son " conjoint survivant " (*c*).

La succession appartient donc au conjoint survivant, lorsque le défunt ne laisse *aucun parent au degré successible*. Donc un parent au douzième degré exclut le conjoint survivant, un parent au treizième degré, au contraire, est exclu par lui. C'est là un des effets civils du mariage, donc il faut que le mariage puisse produire des effets civils pour donner lieu à cette successibilité du conjoint survivant.]]

La séparation de corps ne dissout pas le mariage. Partant,

(*a*) Pothier, *Introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans*, nº 131, et commentaire de l'article 312 de la même coutume.

(*b*) L'enfant naturel incestueux ou adultérin ne peut recevoir par donation entrevifs que des aliments, sauf le cas de la donation faite par le contrat de mariage intervenu entre les concubinaires (art. 768).

(*c*) Cet article diffère de l'article 767 du code Napoléon en ce que ce dernier article ne fait succéder le conjoint survivant qu'à défaut de parent au degré successible et d'*enfants naturels*. Nous avons vu que ces enfants sont exclus de la succession *ab intestat*. L'article 767 C. N., de plus, n'admet à la succession irrégulière que le *conjoint non divorcé*. Le divorce n'étant pas reconnu par notre droit civil (art. 185), il n'y avait pas lieu de faire aucune telle exception à l'application de l'art. 636. Dans mon tome 2ᵉ, p. 54, j'ai modifié le texte de Mourlon pour lui faire dire que le divorce ferait cesser le droit de susceptibilité réciproque que la loi confère à la qualité d'époux. Je ne veux pas revenir sur cette question du divorce, mais il est clair que si le divorce peut produire des effets civils en cette province, l'un de ces effets serait de faire cesser le droit de successibilité réciproque.

le droit de succession attaché au titre d'époux subsiste, entier, même en la personne de celui des conjoints contre lequel elle a été prononcée (*a*).

Le mariage putatif, produisant les mêmes effets civils qu'un mariage valable, donne un droit réciproque de successibilité à chacun des conjoints, s'ils sont l'un et l'autre de bonne foi, et, dans le cas contraire, seulement à l'époux de bonne foi (art. 163 et 164) (*b*).

Mais, si la nullité du mariage putatif a été prononcée *du vivant* des époux, aucun d'eux n'a vocation à la succession de l'autre. En effet, leur mariage étant dissous pour l'avenir, on ne peut pas dire que celui des deux qui survit à l'autre est le conjoint du *de cujus* : il ne suffit pas, pour être habile à succéder, d'*avoir été* le conjoint du défunt, *il faut l'être au moment de l'ouverture de la succession* (1).

Primus, qui est marié à *Secunda*, épouse *Tertia*, qui se marie de bonne foi ; *Primus* meurt, laissant sa femme légitime et sa femme putative : ces deux femmes partageront la succession, car elles y ont un droit égal. Il en serait autrement si la nullité du mariage putatif avait été prononcée du vivant du *de cujus* : dans cette hypothèse, la femme légitime succèderait seule (*c*).

La loi s'est montrée bien peu favorable au conjoint : elle le relègue au dernier rang, et lui préfère les parents les plus éloignés du *de cujus*. Quelle est la cause de cette rigueur ? Le législateur qui réglait la dévolution des biens d'après l'affection que nous sommes présumés avoir pour nos parents ne devait-il pas préférer le conjoint à certains collatéraux ?

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. 5, § 460, p. 52, note 17. — *Contra*, M. Laurent, t. 2, n° 511.

(*a*) Pothier, *Introd. au titre* 17 *de la coutume d'Orléans*, n° 35, enseignait que la femme judiciairement convaincue d'adultère, ou le mari contre lequel la séparation de corps était prononcée pour cause de sévices, étaient indignes de la succession l'un de l'autre. Notre droit n'a pas fait de ces fautes des causes d'indignité et n'a pas rangé la privation du droit de succéder parmi les déchéances auxquelles s'expose l'époux infidèle ou brutal. Voy. les art. 208, 209 et 211.

(*b*) Cette question des effets du mariage putatif a été traitée en mon tome 1er, pp. 457 et suiv.

(*c*) J'ai cité l'opinion de M. Baudry-Lacantinerie (t. 1er, n° 552 *bis*) à cet effet en mon tome 1er, p. 458, et aussi un arrêt conforme de nos tribunaux (p. 463) *Cathcart et al* v. *The Union Building Society* (15 L. C. R., p. 467).

L'affection que nous portons à notre conjoint est, en effet beaucoup plus vive que celle que nous accordons, par exemple, à des collatéraux du sixième..., du douzième degré.

Objectera-t-on qu'en appelant le conjoint à un rang trop rapproché, on aurait ainsi facilité la transmission des biens d'une famille dans une autre ? Mais on eût échappé à ce danger, en appelant l'époux survivant à l'usufruit, et les parents éloignés à la nue propriété des biens !

Cette rigueur de la loi à l'égard des conjoints ne peut s'expliquer qu'historiquement. Lorsqu'on discuta cette matière, un membre du conseil d'État ayant fait remarquer que l'époux survivant était oublié, et ayant proposé une disposition en sa faveur, un autre membre du Conseil d'État répondit qu'il était inutile de s'occuper du conjoint, parce que, dit-il, l'article 754 C. N. (*a*) lui avait *déjà* attribué le droit de concourir pour l'usufruit avec les collatéraux. Cette erreur matérielle empêcha de donner suite à la proposition qui avait été faite en sa faveur.

[[Quoi qu'il en soit de cette raison, nos codificateurs ont adopté la règle de l'article 767 du code Napoléon, qui n'appelle le conjoint survivant qu'à défaut de parents au degré successible, sans même se demander si cette règle était juste ou injuste.

Ajoutons que le texte du code Napoléon, quant aux droits successifs des conjoints survivants, a été modifié tout dernièrement par la loi du 9 mars 1891, due à l'initiative de M. Delsol. En vertu de cette loi, le conjoint a la toute propriété des biens quand il n'y a pas d'héritiers légitimes ou d'autres successeurs irréguliers que l'État. S'il y a des héritiers légitimes ou des successeurs irréguliers autres que l'État, le conjoint survivant a l'usufruit d'un quart de la succession s'il y a des enfants issus de son mariage avec le défunt ; s'il n'y a que des enfants du prédécédé issus d'un autre mariage, l'usufruit est d'une part d'enfant le moins prenant sans pouvoir excéder un quart de l'hérédité, et il est de la moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des autres héritiers. Le conjoint survivant divorcé ou contre lequel il existe un jugement de séparation de corps passé à l'état de chose jugée, ne succède pas à son conjoint prédécédé.

(*a*) Nous n'avons pas cette disposition.

§ III.—*De la succession déférée au souverain.*

L'article 637 est en ces termes :

637. " A défaut de conjoint survivant, la succession est " acquise au souverain " (*a*).

En ces termes, le législateur énonce le principe du droit appelé *déshérence*, expression qui est dérivée de *deest heres*, et qui signifie que la succession manque d'héritier (M. Baudry-Lacantinerie, n° 134). L'État, on le voit, vient après les parents au degré successible et le conjoint survivant : *fiscus post omnes*. C'est l'application des articles 401 et 584 qui veulent que les biens vacants et sans maître, ceux des personnes qui décèdent sans représentants ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au souverain.

On enseigne, en France, que l'État n'est pas à proprement parler, un héritier—ce qui le différencie du conjoint survivant —mais que sa situation offre bien des points de ressemblance avec celle de l'héritier, car il succède à une universalité. Il est donc, ajoute-t-on, obligé de supporter les dettes du défunt et il peut répudier la succession si elle est onéreuse. (M. Baudry-Lacantinerie, *loco citato supra.*)

Nul doute que l'État ne succède pas malgré lui ; il peut donc renoncer au droit de déshérence. Remarquons, cependant, que notre ancien droit ne rendait les successeurs à titre de déshérence responsables des dettes du défunt que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils trouvaient dans l'actif qui leur parvenait, car ils ne sont pas des héritiers, ils ne succèdent pas à la personne mais seulement aux biens (*b*).

Tel est encore notre droit quant à tous les successeurs irréguliers et tel est également le droit français moderne. Voy. *supra*, p. 268.

Remarquons que dans notre article on doit entendre par *souverain*, le lieutenant gouverneur de la province de Québec qui le représente. Ce point a été définitivement réglé en faveur des provinces par le conseil privé dans la cause de *The Attorney General of Ontario & Mercer* (8 Law Repts.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 768 du code Napoléon, sauf la substitution du mot " souverain " au mot " État ".

(*b*) Nouveau Dénisart, v° *Déshérence*, § 3, n° 4 ; Pothier, *Successions* ch. 5, art. 2, § 2.

App. Cas., p. 767) (*a*). Le juge Taschereau avait, en 1876, décidé le contraire, dans la cause de *Church* v. *Caron & Blake* (1 Q. L. R. p. 177), mais sa décision a été infirmée par la cour d'appel (2 Q. L. R., p. 236), et depuis l'arrêt du conseil privé, dans la cause de Mercer, la doctrine contraire ne peut plus être soutenue.

Ajoutons que dans une cause de *La Reine* v. *Caron*, (16 Q. L. R., p. 328), le juge Cimon a jugé que le lieutenant gouverneur en conseil peut céder à un tiers les biens d'une succession en déshérence, soit à titre gratuit soit à titre onéreux, et qu'il avait ce pouvoir avant la passation du statut 48 Vic., ch. 10.

§ IV.—*Des obligations imposées au conjoint et au souverain, c'est-à-dire des conditions auxquelles est subordonné l'envoi en possession.*

192.—Ces conditions ou formalités ont pour objet:

1° *La constatation des biens de la succession.* — Notre article 638 porte qu'"au cas des deux articles précédents, les " biens de la succession dévolue à l'époux survivant ou au " souverain, doivent être constatés à leur diligence au moyen " d'un inventaire ou autre acte équivalent, avant que l'envoi " en possession puisse être demandé" (*b*). Nous avons vu que les successeurs irréguliers doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes prescrites par le code de procédure civile (art 607). Mais avant de pouvoir demander cet envoi en possession la loi les oblige de faire constater les biens au moyen d'un inventaire ou autre acte équivalent. C'est une garantie pour l'héritier qui pourra plus tard se présenter que les biens de la succession seront inventoriés avant que le successeur irrégulier puisse en obtenir la possession.

2° *La demande d'envoi en possession afin que la justice puisse vérifier si celui qui se présente comme successeur irrégulier a la qualité qu'il invoque et s'il a droit à la succession.*]]

Les successeurs irréguliers, quoique légalement saisis des droits actifs et passifs du défunt, n'ont pas la saisine de

---

(*a*) J'ai rendu compte de cette décision dans mon *Manuel de droit parlementaire*, p. 266.

(*b*) L'article 769 du code Napoléon diffère de notre article 638. Il porte que " le conjoint survivant et l'administration des domaines qui " prétendent droit à la succession, sont tenus de faire apposer les scellés, " et de faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation des " successions sous bénéfice d'inventaire."

l'*exercice* de ces mêmes droits. La loi veut qu'ils la demandent à la justice, qui l'accorde ou la refuse, suivant que le demandeur a ou non justifié qu'il a en effet la qualité de successeur irrégulier.

[[Revenons sur nos pas et examinons en détail chacune de ces formalités.

I. Obligation de faire faire inventaire. — Et d'abord le successeur irrégulier doit faire constater les biens de la succession au moyen d'un *inventaire* ou *autre acte équivalent*.

La confection de l'inventaire est, nous l'avons vu, une formalité qui précède la demande d'envoi en possession. Le successeur irrégulier n'est pas, dans notre droit, tenu de faire apposer les scellés comme en France. Mais il peut requérir cette apposition, laquelle peut être demandée par tous ceux qui peuvent prétendre droit à la succession d'un défunt et par le ministère public dans le cas de déshérence (art 1281 C.P.C.).

Y a-t-il des cas où il ne soit pas nécessaire de faire inventaire? Supposons que la succession ne se compose que d'immeubles: ne peut-on pas dire que l'objet de l'inventaire n'étant que de constater le mobilier, il n'y a pas obligation de le faire quand il n'y a aucuns meubles? Les auteurs du *Nouveau Dénisart* (v° *Deshérence*, § 3, n° 4) exemptaient dans ce cas le seigneur de l'obligation de faire inventaire. Je crois que le successeur irrégulier n'est pas tenu à l'impossible. Mais s'il n'y a que des immeubles, il doit y avoir des titres qui s'y rattachent; or la mention de ces titres est l'un des objects de l'inventaire (art 1308, § 4, C. P. C.). La justice ne doit-elle pas exiger que le successeur irrégulier ait fait constater, avant de demander l'envoi en possession, l'absence de meubles et l'existence et la nature de ces titres ? D'ailleurs, l'article 638 dit *inventaire* ou *autre acte équivalent*. Il semble donc que s'il y a impossibilité matérielle de faire un inventaire, on doit produire un acte qui constate cette impossibilité et qui laisse voir quels sont les biens qui dépendent de la succession. Je ne fais qu'indiquer cette solution, qui me paraît raisonnable, car le point n'a jamais—que je sache—été discuté devant nos tribunaux.

Qu'entend-on par *autre acte équivalent ?* Je viens d'indiquer ce que cet acte peut être. Il peut être la constatation de l'absence de meubles et la mention des biens. Si tous les biens du défunt étaient sous saisie, on pourrait produire le procès-verbal de la saisie ; si tous les biens sont mentionnés dans un

autre acte, cet acte suffirait. Ce sera à la justice à déterminer quel acte peut suppléer à l'inventaire.

Je ne crois pas que le successeur irrégulier soit tenu de faire inventaire, quand cet inventaire ne serait que la répétition d'un inventaire déjà fait au décès du défunt (*a*).

Ce n'est pas nécessaire de préciser ici les formalités de l'inventaire, c'est une question de procédure. Mais qui sera le contradicteur du successeur à l'inventaire? La loi n'en indique aucun et souvent il n'y en aura pas, car le défunt n'a laissé aucun successible.

Quel serait la conséquence du défaut d'inventaire quand il y a lieu? La principale conséquence serait l'impossibilité pour le successeur d'obtenir l'envoi en possession, car l'inventaire doit être fait avant que l'envoi *puisse être demandée*. Si le successeur irrégulier s'empare des biens sans accomplir les formalités prescrites, l'article 640 permet à l'héritier qui se présente de réclamer une indemnité et même des dommages suivant les circonstances. Pothier (*Successions*, ch. 5, art. 2. § 2) enseignait que dans ce cas le successeur serait tenu des dettes de la succession indéfiniment et ne serait pas reçu, pour s'en décharger, à offrir d'abandonner et de tenir compte des biens, s'étant mis par sa faute hors d'état d'en pouvoir constater la quantité. J'aurai à revenir sur la sanction que la loi attache à l'accomplissement des formalités qu'elle impose au successeur irrégulier.

Le code Napoléon prescrit encore une mesure de garantie pour protéger l'héritier apparent qui pourra plus tard se présenter. L'article 771 de ce code porte que " l'époux survivant est " encore tenu de faire emploi du mobilier, ou de donner cau- " tion suffisante pour en assurer la restitution, au cas où il se " présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois " ans : après ce délai, la caution est déchargée." Les codificateurs avaient d'abord préparé un article dans ce sens, mais ils l'ont supprimé, disent-ils, comme contenant une charge onéreuse et dans bien des cas, tout à fait inutile, qui n'était pas requise dans l'ancien droit auquel les commissaires ont préféré s'en tenir.

II. Demande d'envoi en possession. — 1° *Vérification des droits du successeur irrégulier à la succession —Formalités à suivre.*

(*a*) Voy. une décision semblable quant à l'usufruitier, en mon tome 2, p. 585.

— Quelle que soit la qualité du successeur irrégulier, que ce soit le conjoint survivant ou le souverain, il doit demander l'envoi en possession des biens de la succession, et, nous l'avons vu, cette demande doit être précédée de la constatation des biens de la succession par un inventaire ou autre acte équivalent. Quant à la demande d'envoi en possession, l'article 639 porte que " cet envoi en possession se poursuit devant le " tribunal supérieur de première instance du district où s'ouvre " la succession, et sur cette demande il est procédé et statué " de la manière et dans les formes réglées au code de procé- " dure civile " (*a*).

L'article 638 renvoie au code de procédure civile. L'article 1327 de ce code dit que l'envoi en possession, dans les cas où il peut être demandé, doit l'être par requête à la cour supérieure dans le district où le défunt avait son dernier domicile, ou s'il n'avait pas de domicile dans le Bas-Canada, alors dans le district ou sont situés les biens.

L'article 1329 du code de procédure civile ajoute que l'envoi en possession ne peut être accordé qu'après qu'avis en a été donné et publié de la même manière que pour l'assignation d'un absent, requérant toute personne qui peut avoir quelque droit à exercer contre la succession ou sur les biens en question, de présenter leur réclamation devant le tribunal. Donc, avant de procéder sur la requête, on en donnera avis, à deux reprises, dans un journal français, et à deux reprises dans un journal anglais de la localité et on requérera les intéressés à comparaître dans les deux mois de l'insertion du dernier avis (art. 68 C. P. C.).]]

On conçoit le motif de cette publicité et de ce délai. Les publications et affiches avertissent les héritiers légitimes de l'ouverture de la succession ; mais cette précaution eût été imparfaite si on ne leur eût accordé un certain délai pour se présenter. Remarquez que, bien qu'ils aient 30 ans pour réclamer la succession, ils ont néanmoins intérêt à empêcher l'envoi en possession : car outre que le [[successeur irrégulier]] peut détériorer les biens, la loi l'autorise à conserver les fruits qu'il perçoit.

(*a*) L'article 770 du code Napoléon exige également la demande d'envoi en possession devant le tribunal de l'ouverture de la succession, et il ajoute que le tribunal ne peut statuer sur la demande qu'après trois publications et affiches dans les formes usitées, et après avoir entendu le procureur de la république. Nous verrons plus loin que deux publications suffisent dans notre droit.

[[Enfin, l'article 1330 du code de procédure civile porte qu'il est procédé sur telle réclamation ainsi que sur la requête pour envoi en possession, de même que dans une instance ordinaire.

Dans la cause de *Church* v. *Caron & Blake* (1 Q. L. R., p. 177) (*a*), le juge Taschereau a jugé que dans le cas où la couronne demande l'envoi en possession d'une succession en déshérence, elle doit donner avis de cette demande dans les journaux, et à défaut de ce faire sa demande sera déboutée.

La cour de révision, à Montréal, a également décidé, dans une cause de *Bélanger* v. *Bessette & Duffy* (R. J. Q., 10 C. S., p. 131), que l'envoi en possession du successeur irrégulier, sans que les formalités prescrites par l'article 1329 du code de procédure civile—c'est-à-dire la publication d'un avis aux héritiers possibles du *de cujus*—aient été accomplies, est nul, le tribunal n'ayant pas, en l'absence de l'accomplissement de ces formalités, juridiction pour accorder l'envoi en possession ; que le tiers qui a acheté du successeur irrégulier un immeuble héréditaire, n'est protégé contre la revendication de l'héritier, qu'autant qu'il a acquis cet immeuble de bonne foi, et qu'il n'a été coupable d'aucune faute ou négligence, et qu'il y aurait faute de sa part s'il ne s'était pas assuré de la régularité de la possession de son vendeur, ou si, après avoir acquis, il payait le prix d'acquisition, bien que connaissant l'irrégularité de cette possession ; que le tiers acquéreur est fondé à opposer cette cette irrégularité à une action pour le prix de vente ; que l'article 640 du code civil, qui accorde un recours en dommages à l'héritier véritable, a uniquement pour but de régler les rapports du successeur irrégulier avec l'héritier qui vient l'évincer, et non de statuer sur le sort des actes faits par le successeur irrégulier avec des tiers. La cour de révision a confirmé un jugement au même effet du juge Jetté (R. J. Q., 8 C. S., p. 95).

Voilà pour les formalités de la demande d'envoi en possession. Ce sont des formalités irritantes. Le défaut de les accomplir enlève au tribunal sa juridiction et entraîne la nullité de l'envoi en possession qu'il a pu accorder. Il donne, en outre, aux héritiers qui pourront se présenter le recours pourvu à l'article 640 dont il sera question plus loin.

Voyons maintenant ce que le successeur irrégulier doit

(*a*) Voy., toutefois, 2 Q. L. R., p. 236, pour le rapport du jugement de la cour d'appel infirmant cette décision. Ce dernier jugement, cependant, n'a pas touché à la question de procédure que j'ai notée au texte.

prouver. Il doit tout d'abord établir sa qualité de successeur irrégulier, preuve, cependant, qui ne devra être faite que dans le cas du conjoint survivant, car la qualité du souverain ne souffre pas question, celle de son représentant seul pourrait être *contestée*. Le conjoint survivant prouvera sa qualité en représentant l'acte de mariage entre lui et le défunt ou en faisant la preuve secondaire permise lorsqu'aucun régistre n'a été tenu ou que le régistre a été perdu (art. 51).

Faut-il, en outre, que le successeur irrégulier établisse que le *de cujus* n'a laissé aucun héritier légitime, aucun successeur irrégulier dont le droit prime celui du requérant ?]]

"C'est, dit-on, à celui qui réclame à prouver son droit (art. 1203) ; or, le [[successeur irrégulier]] n'est habile a succéder qu'à défaut de tout autre successible : donc il doit prouver que le *de cujus* n'en a laissé aucun. Lorsqu'il n'existe pas d'héritier connu, la succession est *réputée vacante* ; la loi veut alors qu'on nomme un curateur à la succession (art. 684 et 685) : donc il y a lieu, non pas à l'envoi en possession, mais à la nomination d'un curateur, lorsqu'il n'est pas démontré que le *de cujus* n'a laissé aucun successible."

Ce n'est pas mon avis. Comment le [[successeur irrégulier]] parviendrait-il à faire la preuve qu'on exige ? Que de titres à vérifier ! que d'actes à compulser ! quelles recherches difficiles ! Vouloir que le [[successeur irrégulier]] établisse que le *de cujus* n'a laissé aucun successible, c'est demander l'impossible.

Quand la loi exige que le [[successeur irrégulier, avant de demander l'envoi en possession, passe un inventaire (art. 638) et qu'elle ajoute que dans tous les cas où les règles et formalités prescrites n'ont pas été suivies, *les héritiers s'il s'en présente*, sont admis à réclamer une indemnité et même des dommages-intérêts, suivant les circonstances, pour les pertes qui en seraient résultées (art. 640),]] la loi montre bien que l'envoi en possession peut être ordonné, *lors même qu'il n'est pas établi d'une manière certaine que le* de cujus *n'a laissé aucun successible* : car s'il ne devait avoir lieu qu'après l'administration de cette preuve, dans l'intérêt de qui ordonnerait-elle ces mesures conservatoires ?

L'argument tiré des articles 684 et 685 n'est pas sérieux. Une succession n'est, en effet, vacante, et il n'y a lieu à nommer un curateur que lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession. Dans l'espèce, le [[successeur irrégulier]]

la réclame : elle n'est donc point vacante, il n'y a donc pas lieu à nommer un curateur !

Ainsi, il suffit : 1° que le [[successeur irrégulier]] prouve sa qualité ; 2° qu'il rapporte un acte de notoriété constatant qu'il ne s'est présenté aucun parent légitime, ni aucun successeur irrégulier, prétendant à la succession (1).

III. Sanction des obligations imposées au conjoint et au souverain venant à défaut de parents. — Nous rencontrons ici une différence bien marquée entre les parents légitimes et les successeurs irréguliers.

Un parent légitime peut appréhender les biens sans intervention de la justice ; il n'est soumis à aucune formalité. Sans doute, si un parent plus proche se présente, il devra lui restituer l'hérédité mal à propos appréhendée; mais *s'il a été de bonne foi*, il ne sera pas tenu des dégradations qu'il aura commises sur les biens, et les fruits qu'il aura recueillis lui resteront.

Le successeur irrégulier, qui appréhende l'hérédité sans remplir les formalités exigées, est, au contraire, en faute et *réputé possesseur de mauvaise foi*, par conséquent, responsable des détériorations qui proviennent de son fait et comptable des fruits qu'il a perçus. Vainement alléguerait-il la conviction où il a été qu'il n'existait aucuns parents pour l'exclure : il ne peut être exempt de faute et possesseur de bonne foi qu'autant qu'il a satisfait aux prescriptions de la loi. — La réciproque n'est pas vraie : s'il a appréhendé l'hérédité à laquelle *il savait* n'avoir aucun droit, l'accomplissement des formalités prescrites par la loi n'empêche pas qu'il ne soit traité comme possesseur de mauvaise foi.

[[Cette responsabilité du successeur irrégulier est énoncée en ces termes à l'article 640.

640. " Dans tous les cas où les règles et formalités prescrites n'ont pas été suivies, les héritiers, s'il s'en présente, " sont admis à réclamer une indemnité et même des dommages-" intérêts, suivant les circonstances, pour les pertes qui en " seraient résultées (*a*).

(1) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 89 *bis*, IV ; Aubry et Rau, t. 6, § 639, p. 700 et 701 ; Demol., t. 14, n° 212 ; Laurent, t. 9, n° 250.

(*a*) L'article 772 du code Napoléon est au même effet, si ce n'est qu'il ne parle pas d'indemnité, mais seulement de dommages-intérêts. Je ne crois pas que l'emploi du mot " indemnité " donne plus d'extension à notre article, car de quelle indemnité peut-il être question, sinon de celle

Voy. sur l'effet de cet article la cause de *Bélanger* v. *Bessette & Duffy*, *supra* p. 364.

On enseigne en France qu'à défaut d'inventaire l'héritier est admis à prouver la consistance des biens par tous les moyens possibles, c'est-à-dire par titres, par témoins ou même par commune renommée et cela aux frais du successeur irréguliers qui a omis l'inventaire (*a*). Cette doctrine doit être accueillie dans notre droit.]]

Une question très importante nous reste à examiner: les actes qu'un *héritier apparent* a faits avec des tiers de bonne foi doivent-ils être maintenus ?

Une personne qui passe dans le monde pour le parent le plus proche du *de cujus* appréhende l'hérédité...; un prétendu successeur irrégulier est, par erreur, envoyé en possession des biens. Dans l'un et dans l'autre cas, la personne qui détient la succession joue, dans la société, le rôle de propriétaire ; en réalité, elle ne l'est pas. Si cet héritier apparent fait des actes de propriétaire en traitant avec des tiers de bonne foi, le véritable héritier, qui plus tard fera reconnaître son droit à la succession, sera-t-il tenu de les respecter ? Pourra-t-il, au contraire, les faire annuler ?

Certains actes devront être maintenus ; d'autres seront nuls.

Actes qui doivent être maintenus. — L'héritier qui revendique l'hérédité et triomphe doit : 1° respecter les payements que les débiteurs ont faits entre les mains de l'héritier apparent ; 2° laisser en paix les tiers de bonne foi qui possèdent des meubles corporels en vertu d'un contrat de vente, d'échange, etc., [[fait dans les conditions prescrites par l'article 2268 (*b*)]].

Actes nuls. — Si l'héritier apparent a hypothéqué ou aliéné des immeubles, s'il a aliéné des meubles auxquels ne s'applique pas la règle [[de l'article 2268,]] c'est-à-dire des meubles incorporels, des créances, des rentes, [[ou des meubles corporels dans des conditions autres que celle prescrites en cet article comme donnant un titre inattaquable à l'acquéreur,]] ces actes ne sont pas valables. Celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas aliéner, car *nemo dat quod non habet* (art. 1487 et 2038) ;

---

qui rembourse l'héritier des pertes qu'il subit ? Ainsi entendue, l'indemnité n'est autre chose que les dommages-intérêts dont parle l'article 772 du code Napoléon ; ce n'est pas une pénalité.

(*a*) Demonte, t. 3, n° 90 *bis*.

(*b*) Consultez aussi les articles 1487 à 1489.

l'héritier apparent n'est pas propriétaire : donc il n'a pu ni aliéner ni hypothéquer. Aussi l'article 106 nous dit-il que l'absent au profit duquel une succession s'est ouverte peut. tant qu'aucune prescription ne lui est opposable, revendiquer l'*hérédité* ou *autres droits* : ou *autres droits*, c'est-à-dire les droits que les tiers qui ont traité avec l'héritier apparent ont cru acquérir.

La jurisprudence valide cependant les aliénations consenties par l'héritier apparent (1). Deux raisons principales sont données à l'appui de ce système :

1° Il résulte de l'article 1145 que le payement fait par un débiteur héréditaire à l'héritier apparent est valable, *même à l'égard de l'héritier véritable qui fait reconnaître ses droits* ; or, si ce payment est valable, n'est-ce pas parce que le débiteur qui l'a fait a été de bonne foi et dans une erreur invincible ? Dès lors, pourquoi ne pas maintenir également les aliénations consenties au profit des tiers de bonne foi ? L'argument n'est pas concluant. On raisonne *a pari* d'un certain cas à un autre cas tout différent. Un débiteur héréditaire est, *en fait*, dans la nécesité de payer : car, s'il refusait de se libérer entre les mains de l'héritier apparent, celui-ci le poursuivrait en justice et le ferait condamner, *à moins qu'il ne prouvât qu'il existe un véritable héritier qui est légitime créancier* ; or, quel débiteur oserait jamais s'engager dans un procès aussi chanceux ? Le débiteur n'a donc, en réalité, aucun moyen d'échapper à la nécessité de payer ? voilà pourquoi la loi le protège. Mais quelle nécessité force les tiers de contracter avec un héritier apparent ? S'ils ont quelques doutes, qu'ils s'abstiennent ! s'ils passent outre, qu'ils subissent les conséquences de la position qu'ils se sont volontairement faite !

2° Les tiers qui traitent avec un héritier apparent n'ont aucun moyen de s'assurer s'il est ou non le véritable propriétaire : leur erreur a été invincible. L'équité serait donc blessée si le droit qu'ils ont cru légitimement acquérir leur était ensuite retiré. Cette raison est moins concluante encore que la première. Le code détermine, en effet, dans plusieurs articles, les avantages attachés à la bonne foi, et nous ne voyons nulle part qu'on lui ait attribué l'effet de consolider, à elle seule, les droits que les tiers ont cru acquérir sur un immeuble en traitant avec celui qui passait pour en être le

---

(1) Voy. notamment deux arrêts de la cour de cassation, du 26 février 1867 (Sir., 67. 1. 161).

véritable propriétaire. Les droits consentis sur un immeuble par une personne autre que le propriétaire sont nuls ; la loi est formelle à cet égard (art. 1487 et 2038). Ceux qui les ont stipulés ne les peuvent acquérir que par la prescription. S'ils ont cru traiter avec le véritable propriétaire, leur bonne foi leur procurera un certain bénéfice : au lieu de prescrire par 30 ans, ils prescriront par 10 ans (art. 2251) ; mais là se borne la protection que leur accorde la loi.

Il eût été utile peut-être de faire une exception à ces principes, dans l'intérêt des tiers qui traitent de bonne foi avec un héritier apparent ; mais cette exception n'existe pas.

La même injustice se rencontre d'ailleurs dans plusieurs hypothèses analogues. J'achète un immeuble d'une personne qui le détenait, soit en vertu d'un legs valable dans la forme, mais révoqué par un codicille dont on ignorait l'existence, soit en vertu d'une vente obtenue par suite d'une violence : — dans l'un et l'autre cas, je puis être évincé par le véritable propriétaire, et cependant mon erreur a été invincible !

Il ne faut pas mettre sa raison et son équité au-dessus du droit. La loi, tant qu'elle existe, doit être observée : il ne peut pas y avoir pour le juge d'équité plus respectable, de raison plus forte, que l'équité ou la raison de la loi (1).

CHAPITRE IV. — DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS.

SECTION I. — DE L'ACCEPTATION.

§ I. — *Origine historique de l'acceptation ; sa définition.*

L'ancien droit romain distingue, quant à la manière d'*acquérir* la succession, deux classes d'héritiers : 1° les héritiers *nécessaires* ; 2° les héritiers *volontaires.*

---

(1) En ce sens, MM. Dur., t. 6, n° 358 ; Val. ; Laurent, t. 9, n°s 554 et suiv. ; [[M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1er, n°s 1233 et suiv. Il cite un grand nombre d'autres auteurs qui opinent dans le même sens.]] — *Contra*, MM. Dem. t 3, n° 89 *bis*, VI ; Demol., t. 14, n° 242. Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. 6, § 616, note 32, et § 639, notes 29 et 30.

[[Voy. la discussion de cette question importante dans mon tome 1er, p. 314.]]

L'héritier *necessaire* acquiert l'hérédité *dès qu'elle est ouverte ;* il l'acquiert à son insu et malgré lui, *ignorans et invitus*. Dès qu'elle est ouverte, elle lui est *irrévobablement* acquise.

Cette théorie, avantageuse sous un rapport, est funeste sous un autre. L'héritier nécessaire qui a survécu au *de cujus*, ne fût-ce qu'un instant, transmet à ses propres héritiers, et confondue dans la sienne, la succession ouverte à son profit ; c'est le bon côté du système. Mais l'héritier nécessaire n'étant pas maître de répudier la succession et devant payer les dettes *ultra vires successionis*, on conçoit combien est fâcheuse sa position, quand l'hérédité comprend plus de dettes que de biens (1).

L'héritier *volontaire* acquiert l'hérédité *s'il le veut et seulement lorsqu'il manifeste l'intention de l'acquérir ;* jusque-là il a bien le titre pour devenir héritier, mais il ne l'est pas encore. En d'autres termes, il acquiert, au moment de l'ouverture de la succession, non pas l'hérédité, mais le droit de l'acquérir *en l'acceptant*. Ce n'est pas l'hérédité qui vient à lui, c'est lui qui doit aller à elle : aussi appelle-t-on *adition de l'hérédité* (de *ire ad hereditatem*) l'acceptation qui la fait entrer dans son patrimoine (2).

Cette deuxième théorie a son bon et son mauvais côté. Elle permet à l'héritier de repousser la succession qui est onéreuse : sous ce rapport, elle est plus utile que la première. Mais elle l'est moins sous un autre : l'héritier volontaire qui a survécu au de *cujus*, et qui meurt avant d'avoir fait *adition* d'hérédité, ne transmet à ses propres héritiers, ni l'hérédité, puisqu'il ne l'a pas acquise, ni le droit de l'acquérir en l'acceptant, car cette faculté, ne pouvant être exercée que par lui, s'éteint avec sa personne.

Le code, par une heureuse combinaison, a imaginé un système intermédiaire, qui prévient tous les dangers et réunit tous les avantages des deux systèmes opposés que suivait le droit romain.

---

(1) La règle fut modifiée par denx bénéfices qu'introduisit le préteur, les bénéfices de *la séparation des patrimoines*, pour l'héritier nécessaire, d'*abstention* pour l'héritier sien et nécessaire. L'héritier nécessaire qui demandait la séparation des patrimoines n'était tenu des dettes que sur les biens de la succession et dans la limite de ces biens. L'héritier sien et nécessaire qui *s'abstenait* ne pouvait même pas être poursuivi par les créanciers du défunt. Cette *abstention* ne lui faisait cependant pas perdre la qualité d'hériter : ainsi, après les dettes payées, l'excédant lui appartenait. Voy. *Inst. Just.*, lib. II, tit. XIX, §§ 1 et 2.

(2) Le mot *adition* se retrouve dans l'article 646 du code civil.

L'héritier est assimilé à l'héritier nécessaire, en ce sens qu'il *acquiert l'hérédité dès qu'elle est ouverte, à son insu : "le mort saisit le vif"*(art 607). L'habile à succéder qui a survécu au *de cujus* et qui meurt quelques instants après l'ouverture de la succession, la transmet donc, avec la sienne, à ses propres héritiers. Il diffère de l'héritier nécessaire, en ce sens qu'il est maître de répudier, c'est-à-dire d'abandonner l'hérédité dont la loi l'avait investi : *Nul n'est héritier qui ne veut* (1) (voy. l'art 641) (*a*).

Il est assimilé à l'héritier volontaire, en ce sens qu'il n'est pas héritier *malgré lui*. — Il diffère de l'héritier volontaire, en ce sens qu'il acquiert l'hérédité, *même à son insu, sans qu'il ait besoin de l'accepter*.

Ce système du code peut être ainsi formulé :

L'héritier acquiert l'hérédité dès qu'elle est ouverte : il n'a pas besoin de l'accepter pour l'acquérir. La loi accepte pour lui ; mais elle lui permet de ne pas *conserver* l'hérédité qu'elle avait elle-même placée dans son patrimoine. Il est héritier, *etiam ignorans, sed non invitus*.

Il est héritier, non pas sous la condition *suspensive* de l'acceptation, mais sous la condition *résolutoire* de la renonciation. Accepte-t-il : la condition résolutoire sous laquelle il est héritier étant défaillie, l'acquisition de l'hérédité se trouve consolidée : la saisine est maintenant définitive, irrévocable. Renonce-t-il : la condition résolutoire sous laquelle il était héritier étant accomplie, il est réputé n'avoir jamais été héritier : la saisine, l'acquisition de l'hérédité, est anéantie, non seulement pour l'avenir, mais encore dans le passé. Ainsi l'acceptation rend la saisine *irrévocable ;* la renonciation la détruit rétroactivement.

On fait contre ce système deux objections :

1° Aux termes de l'article 641, " nul n'est tenu d'accepter la succession qui lui est déférée. . . ." La loi considère donc la volonté comme nécessaire pour faire un héritier !—Je réponds : La règle *Nul n'est tenu d'accepter la succession qui lui est déférée*, n'est qu'une traduction maladroite de cette règle de l'ancien droit *Nul n'est héritier qui ne veut* ; or, la règle *Nul*

(1) Ce principe souffre deux exceptions. Le lecteur les trouvera [[plus loin dans l'explication des articles 649 et 670.]]

(*a*) L'article 641 qui reproduit la substance de l'article 775 du code Napoléon, est en ces termes:

641. " Nul n'est tenu d'accepter la succession qui lui est déférée."

n'est héritier qui ne veut, a toujours été entendue en ce sens : *Nul ne* DEMEURE *héritier qui ne veut, tout héritier peut renoncer* (1).

2° Aux termes de l'article 644, " l'effet de l'acceptation *remonte* au jour de l'ouverture de la succession " (*a*). L'habile à succéder n'était donc pas héritier avant l'acceptation, puisque la loi a recours à une *fiction* dont le but est de le faire considérer comme ayant été héritier du jour de l'ouverture de la succession.—Je réponds : Aux termes de l'article 652 " l'héritier qui renonce est RÉPUTÉ *n'avoir jamais été héritier* ". Il l'était donc avant d'avoir renoncé, puisque la loi est obligée de recourir à une *fiction* pour le faire considérer comme ayant toujours été étranger à la succession.

La fiction de l'article 644 et celle de l'article 652 étant contradictoires, il est évident que la loi est tombée dans l'erreur. Il faut, par conséquent, opter entre la fiction de l'article 644 et celle de l'article 652. La première est contraire au principe de la saisine consacré par l'article 607 : l'acceptation que fait un héritier *saisi, investi de la succession*, ne saurait être, en effet, *rétroactive*, puisqu'elle ne fait que consolider une acquisition antérieure, en rendant irrévocable un état de choses préexistant. La deuxième fiction, au contraire, est une conséquence logique et naturelle de la saisine : l'héritier cesse, en effet, de l'être quand il renonce ; mais, comme en réalité il était, avant sa renonciation, investi de l'hérédité, ce n'est qu'en recourant à la fiction qu'on peut dire qu'il n'a jamais été héritier.

L'erreur a donc été commise, non pas dans l'article 652, qui est en harmonie parfaite avec l'article 607, mais dans l'article 644, qui en est la négation (2).

---

(1) Voy. Pothier, *Introduction au titre 17 de la cout. d'Orléans*, n° 39 ; *Des successions*, chap. 3, sect. 2.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 777 du code Napoléon.

(2) Bug., *sur Poth.*, t. 1er, p. 497. — Cette doctrine est généralement admise : voy. notamment MM. Aubry et Rau, t. 6, § 809, p. 361 et suiv., et § 611 *bis*, note 41 ; M. Laurent, t. 9, n° 346. Nous devons dire, toutefois, qu'elle a été combattue avec un grand talent par M. Froissart (*Revue pratique*, t. 5, p. 501 et suiv.). D'après cet auteur, l'habile à succéder n'est point héritier, et, par suite, il n'a pas la saisine, *tant qu'il n'a pas accepté :* l'acceptation serait encore une véritable *adition de l'hérédité*, et il serait parfaitement exact de dire qu'elle remonte au jour de l'ouverture de la succession.--Voy. aussi M. Hureaux, même *Revue*, t. 18, p. 292 et suiv. ; 410 et suiv.

Ainsi, suivant l'opinion générale, l'habile à succéder est héritier et

En résumé, l'héritier qui accepte n'acquiert pas l'hérédité, puisque avant de l'accepter, il l'avait déjà acquise par l'effet de la saisine. L'acceptation n'a d'autre effet que de le rendre *irrévocablement* héritier, en lui enlevant la faculté de renoncer. Ainsi, à cette question : Gagne-t-on quelque chose en acceptant une succession ? il faut répondre : Loin de gagner quelque chose, l'héritier qui accepte perd toujours. Il ne gagne rien, car il n'est pas plus riche la minute qui suit que la minute qui précède l'acceptation ; il perd toujours, car l'acceptation lui enlève un droit, la faculté de renoncer.

L'acceptation, ai-je dit, n'est pas une *adition* de l'hérédité ; elle n'a pas d'effet *rétroactif*, puis qu'elle ne fait que confirmer,

---

saisi *sous la condition résolutoire de la renonciation*. Suivant MM. Froissart et Hureaux, au contraire, il est héritier et saisi *sous la condition suspensive de l'acceptation*.

[[M. Baudry-Lacantinerie (nº 146) propose un autre système. Suivant lui, les articles 644 et 652 ne sont pas contradictoires ; ils sont, au contraire, dit-il, la conséquence d'un seul et même système, à savoir que, par une fiction de droit, l'héritier, qui, en fait, optera toujours un certain temps après l'ouverture de la succession, sera réputé avoir opté à ce moment même. L'argument que l'on tire de l'article 644 pour soutenir que le successible est saisi sous la condition suspensive de son acceptation, perd sa valeur, lorsqu'on se rend compte que cet article s'applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme à l'acceptation pure et simple. Or, si en supposant le successible saisi sous la condition résolutoire de son acceptation, il était inutile de décréter la rétroactivité de l'acceptation pure et simple, il était très utile au contraire de poser le principe de la rétroactivité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Autrement, l'héritier légitime, qui opte pour ce dernier parti, n'aurait eu la qualité d'héritier bénéficiaire qu'à dater de son acceptation ; jusque-là, il aurait conservé la qualité que lui attribue l'article 607, celle de représentant du défunt, tenu *ultra vires* des charges de la succession ; il y aurait eu ainsi une solution de continuité dans sa situation : ce qui eût constitué une *inelegantia juris*. L'auteur, dont j'ai rapporté les propres paroles, ajoute qu'il peut y avoir des cas où il est utile de faire rétroagir l'acceptation pure et simple : ainsi, celui de l'héritier qui accepte une succession après l'avoir répudiée (art. 657). Car alors, le successible n'est pas héritier au moment où il accepte (art. 652), étant censé, vu sa renonciation, ne l'avoir jamais été, et s'il n'y avait pas un texte pour faire rétroagir l'acceptation, il ne serait héritier qu'*in futurum*, non *in præteritum*.

M. Baudry-Lacantinerie invoque également la règle qui permet aux créanciers de poursuivre l'héritier avant son acceptation, sauf le droit de ce dernier de faire retarder l'action par une exception dilatoire pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, passé lesquels il peut être condamné comme héritier pur et simple, ce qui serait inexplicable s'il n'était héritier avant toute acceptation.

Cette argumentation est assurément bien séduisante, et comme elle fait disparaître ce qui semble être une contradiction entre les articles 644 et 652, je ne vois aucune objection à l'accueillir.]]

consolider à toujours, un état de choses préexistant : tel est le principe. Dans certains cas, cependant, ce n'est qu'en l'acceptant que l'habile à succéder acquiert l'hérédité. L'acceptation est alors une *adition de l'hérédité*, et c'est alors seulement peut dire qu'elle a un *effet rétroactif*.

L'acceptation a ces caractères, toutes les fois qu'elle est faite par un habile à succéder *qui n'était pas saisi*. Je prends une espèce. Le *de cujus* a laissé, dans la même ligne, deux collatéraux, dont l'un est au quatrième degré, *Primus*, et l'autre au cinquième, *Secundus*. *Primus*, qui est saisi de l'hérédité, renonce : partant, il est réputé n'avoir jamais été héritier. Il n'est plus saisi ; l'hérédité s'est retirée de lui, elle n'est plus dans son patrimoine. La succession se trouve ainsi dévolue à *Secundus*. Mais *Secundus* est-il saisi ? [[D'après l'avis de Mourlon,]] il ne l'est pas. En effet, tant que *Secundus* n'a pas accepté, *Primus* peut se repentir du parti qu'il a pris et acquérir, en l'acceptant, la succession qu'il a répudiée (art. 657) ; or, si elle appartenait à *Secundus*, *Primus* ne pourrait pas l'accepter, car, en l'acceptant, il dépouillerait *Secundus* d'un droit acquis. Ainsi, l'hérédité n'appartient ni à *Primus*, puisque *Secundus* peut l'acquérir en l'acceptant, ni à *Secundus* puisque *Primus* peut, en l'acceptant, en devenir propriétaire ; elle appartiendra à celui qui l'acceptera le premier. Dans cette hypothèse, l'héritier *acquiert* l'hérédité en l'acceptant : et alors, on peut dire, d'une part, que l'acceptation est une véritable *adition de l'hérédité*, puisque, pour l'acquérir, l'héritier est obligé d'aller à elle ; d'autre part, que l'acceptation a un effet *rétroactif*, puisque l'habile à succéder, qu'elle rend actuellement *héritier*, est réputé l'avoir été *depuis l'ouverture de la succession*.

Le principe que l'acceptation a un effet *rétroactif* au jour de l'ouverture de la succession reçoit donc son application dans deux cas : 1° lorsque la succession est acceptée par un *héritier renonçant* ; 2° lorsqu'elle est acceptée par un parent appelé a succéder par suite de la renonciation du parent qui l'excluait (1).

On voit, d'après ce qui vient d'être dit, que l'acceptation,

---

(1) MM. Bug., t. 1er, p. 497 ; Val. ; Aubry et Rau, t. 6, § 611 *bis*, note 41. — MM. Dem. (t. 3, nos 106 *bis*, I, et 130 *bis*, III et IV) ; Duc., Bonn. et Roust. (t. 2, n 598), et Demol. (t. 13, no 150), pensent, au contraire, qu'après la renonciation d'un héritier saisi, l'héritier du degré subséquent est lui-même saisi de la succession. Dans ce système, l'acceptation faite par le parent qu'excluait le renonçant n'est point une *adition d'hérédité*. [[J'examinerai cette question en commentant l'art. 657.]]

lorsqu'elle est faite par un héritier saisi, est l'acte par lequel il manifeste l'intention *de rester irrévocablement héritier;* en d'autres termes, l'acte par lequel il manifeste l'intention de renoncer au droit de renoncer. Aussi l'a-t-on très spirituellement définie : *la renonciation au droit de renoncer* (1).

Lorsqu'elle émane d'un héritier qui n'est pas saisi, par exemple d'un héritier qui a renoncé, l'acceptation est l'acte par lequel l'héritier manifeste *l'intention d'acquérir l'hérédité.*

§ II. — *Des différents partis que peut prendre un héritier.*

L'héritier peut accepter, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire, ou répudier. Prend-il le premier parti, il est tenu des dettes *in infinitum ;* le second, il n'en est tenu qu'*intra vires bonorum ;* le troisième, il est étranger à la succession (*a*).

On est assez porté à croire dans le monde que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est, dans tous les cas, le plus sage parti à prendre. C'est un préjugé qu'il importe de signaler. Lorsqu'il est *certain* (et il y a des cas où le doute n'est pas possible) que le défunt a laissé plus de dettes que de biens, la renonciation est, sans contredit, préférable à l'acceptation même bénéficiaire.

Que l'on considère, en effet, quels seraient les résultats de l'acceptation bénéficiaire : des ennuis, une perte de temps, des dangers ! *Des ennuis et une perte de temps :* car l'héritier bénéficiaire est chargé de l'administration de la succession ; c'est lui qui vend les biens, qui poursuit les débiteurs, qui paye les dettes de la succession... le tout, au profit des créanciers, qui ne lui doivent aucun salaire. *Des dangers :* car, d'une part, il est responsable des fautes qu'il commet dans son administration, et, d'autre part, il peut arriver qu'il fasse, par imprudence ou par ignorance, quelques actes qui dépassent les pouvoirs d'un simple administrateur ce qui le constituerait héritier pur et simple. — Allons plus loin : la renonciation

---

(1) Cette définition s'applique même au successeur irrégulier : car, de même que l'héritier légitime, il est saisi des droits actifs et passifs du défunt. C'est seulement quant à l'*exercice* de ces droits qu'il ne jouit pas de la saisine.

(*a*) L'article 642, copie de l'article 774 du code Napoléon, est en ces termes :

642. "Toute succession peut être acceptée purement et simplement ou "sous bénéfice d'inventaire."

peut être préférable à l'acceptation bénéficiaire, même *dans le cas où il est certain que le défunt a laissé plus de biens que de dettes.* Nous verrons bientôt, en effet, que l'héritier renonçant peut conserver les libéralités qu'il a reçues du défunt (art. 713), tandis que l'héritier qui accepte, même sous bénéfice d'inventaire, est tenu de rapporter les choses que le défunt lui a données ou léguées, c'est-à-dire de les partager, comme les autres biens, avec ses cohéritiers (art. 712) : son intérêt bien entendu lui commande donc de renoncer, lorsque la valeur dont il doit le rapport est supérieure à sa part héréditaire. Exemple : Le *de cujus* a laissé cinq enfants, un actif net de 75,000 francs ; l'un des enfants avait reçu de lui, par un acte entrevifs, une libéralité de 25,000. Qu'aura l'héritier donataire, s'il renonce ? la libéralité qu'il a reçue du défunt et qu'il conservera : 25,000 francs. Qu'aura-t-il, s'il accepte sous bénéfice d'inventaire ? 20,000 francs seulement : les 25,000 francs dont il est donataire étant, par l'effet du rapport, réunis aux 75,000 francs qu'à laissés le défunt, la masse à partager sera de 100,000 francs, ce qui donnera 20,000 francs à chaque enfant. [[Ajoutons que, dans notre droit, l'enfant qui se porte héritier de son père est privé du douaire de sa mère (art. 1467).]]

L'acceptation bénéficiaire n'est même pas toujours préférable à l'acceptation pure et simple. Que gagne-t-on en effet à faire une acceptation bénéficiaire, lorsqu'il est *certain, évident,* que la succession comprend beaucoup plus de biens que de dettes ? A quoi bon faire un inventaire, une [[requête au]] tribunal (art. 660 et 662) ? Ce sont des frais qui diminuent d'autant l'actif de la succession ! Ajoutons que l'héritier pur et simple liquide la succession comme il l'entend et selon ses intérêts, tandis que la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire est aussi longue que compliquée.

Ainsi, chacun des trois partis que peut prendre l'héritier a ses avantages et ses dangers : l'héritier qui est prudent ne doit donc se décider qu'après qu'il s'est renseigné sur l'état de la succession. La loi lui accorde, à cet effet, certains délais que nous étudierons plus loin.

Tout héritier n'a pas le droit de choisir entre les trois partis que je viens de faire connaître. Lors, en effet, que la succession est dévolue à un *mineur* ou à un *interdit,* son tuteur qui le représente, ne peut qu'accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer : le conseil de famille ne peut pas l'autoriser à accepter purement et simplement (art. 301 et 343). Quant au motif

de cette prohibition je ne le connais pas. L'acceptation pure et simple, nous l'avons montré, est souvent préférable, soit à répudiation, soit même à l'acceptation bénéficiaire : pourquoi donc refuser au conseil de famille le droit d'autoriser le tuteur à prendre ce parti ? Il est probable que le législateur, dominé par le préjugé de la pratique, a pensé que l'acceptation bénéficiaire est toujours le parti le plus utile à prendre.

§ III. — *Des conditions requises pour la validité de l'acceptation.*

Pour accepter valablement, il faut :

1° *Que la succession soit ouverte.* A la vérité, la loi qui annule la renonciation à une succession *future* (art. 658), [[lorsqu'elle est faite autrement que par contrat de mariage (*a*),]] ne défend pas expressément *d'accepter* la succession d'un homme vivant ; mais la règle que j'établis est la conséquence d'une autre règle admise par le code, savoir, qu'une succession non ouverte ne peut pas faire l'objet d'un traité, d'un arrangement quelconque (art. 1061), [[si ce n'est par contrat de mariage.]] Si la loi a cru devoir défendre formellement de renoncer à des successions futures, tandis qu'elle ne prohibe pas expressément l'acceptation des mêmes successions, c'est que, dans l'ancien droit, les renonciations anticipées étaient quelquefois permises, tandis que les acceptations de successions non encore ouvertes étaient rigoureusement prohibées (1).

Faut-il qu'elle soit, non seulement ouverte, mais encore dévolue au parent qui accepte ? Si le parent d'un degré plus éloigné accepte en prévision du cas où le parent qui l'exclut viendrait à renoncer, cette acceptation est-elle nulle ? Pothier tenait l'affirmative (*b*). La négative me semble cependant préférable. Le parent qui est exclu par un parent plus proche est habile à succéder, sous la condition suspensive que le parent qui l'exclut renoncera : pourquoi lui défendre de déclarer à l'avance qu'il entend être héritier, si la condition sous laquelle il est appelé se réalise ? La loi ne prohibe pas cette acceptation, et tout ce qui n'est pas défendu est permis.

---

(1) Pothier, *Success.*, chap. III, sect. III, art. 1, § 3, et sect. IV, § 2.

(*a*) Sous l'article 791 du code Napoléon, cette renonciation à la succession d'un homme vivant n'est même pas permise dans un contrat de mariage.

(*b*) Domat également était de cet avis.

Est-ce qu'un légataire qui a reçu un legs sous condition suspensive ne peut pas valablement accepter, même *pendente conditione*, le droit éventuel qui lui appartient ? S'il n'est point permis d'accepter la succession d'un homme vivant, c'est uniquement parce que cet acte anticipé suppose chez celui qui le fait une pensée immorale, le *votum mortis* ; or, ce motif ne se rencontre point dans l'hypothèse d'une succession déjà ouverte, mais non encore dévolue au parent qui accepte (1).

[[Remarquons, cependant, qu'il y a, dans notre jurisprudence, une décision contraire à l'opinion de Mourlon. Le juge Taschereau a jugé, dans la cause de *Lavoie* v. *Lefrançois* (15 L. C. R., p. 145), qu'un héritier collatéral ne peut faire des actes d'acceptation (*a*), avant la renonciation d'un héritier en ligne directe, et qu'il ne sera pas considéré avoir fait des actes d'acceptation avant d'avoir eu connaissance de la renonciation de l'héritier plus proche.

Cette question, du reste, est bien délicate et elle est controversée dans le droit français moderne. Voy. Sirey et Gilbert sur les art. 774-775 C. N., n[os] 5 et 6 (*b*).]]

2° *Que l'héritier sache que la succession est ouverte.* S'il l'ignore, s'il entend accepter la succession d'une personne *vivante*, cette acceptation est aussi illégale, aussi immorale, que celle qui aurait réellement pour objet une succession *future :* la loi ne peut point sanctionner un acte qui, dans la pensée de son auteur, est contraire à ses prohibitions (2).

3° *Qu'il soit capable de s'obliger :* car, si l'acceptation ne fait pas naître l'obligation de payer toutes les charges de la succession, toujours est-il qu'elle rend cette obligation irrévocable, en enlevant à l'héritier le droit de renoncer.

[[L'article 643, qui reproduit en substance la disposition de l'article 776 du code Napoléon, pose à cet effet la règle suivante:

643. " La femme mariée ne peut accepter valablement une " succession sans y être autorisée par son mari ou en justice,

---

(1) MM. Val., ; Aubry et Rau, t. 6, § 610, p. 371 ; Demol., t. 14, n° 304. — *Contra*, MM. Dur., t. 6, n[os] 366 et 473 ; Laurent, t. 9, n° 280 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1[er], n° 1405.]]

(2) MM. Val. ; Dur., t. 6, n° 365 ; Duc., Bonn. et Roust., t. 2, n° 576 ; Demol., t. 14, n° 303 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1[er], n° 1378, qui cite Pothier, *Succes.*, ch. I, sect. 3, art. 1, § 3 dans ce sens.]]

(*a*) Dans l'espèce il s'agissait d'actes d'acceptation tacite.

(*b*) Au dire de Laurent (t. 9, n° 280) cette question ne s'est jamais présentée dans la pratique française. Aussi la traite-t-il de question oiseuse.

" suivant les dispositions du chapitre VI du titre du mariage.
" Les successions échues aux mineurs et aux interdits ne " peuvent être valablement acceptées que conformément aux " dispositions contenues aux titres relatifs à la minorité et à " la majorité."]]

Ainsi la succession est-elle dévolue à une femme mariée ? la femme doit, pour l'accepter, être autorisée de son mari ou de la justice. [[Avec cette autorisation la femme peut accepter tacitement aussi bien qu'expressément. Ainsi, la femme vend avec l'autorisation de son mari un immeuble héréditaire, elle accepte par là la succession. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 148 et Sirey et Gilbert sur l'art 778 C. N., nº 53.]] — A un faible d'esprit ? l'héritier doit être assisté de son conseil judiciaire (*a*). — A un mineur non émancipé ou à un interdit ? elle est acceptée par le tuteur [[ou curateur]] avec l'autorisation du conseil de famille, et le conseil de famille ne peut autoriser que l'*acceptation bénéficiaire* (art. 301). [[Il est clair que le mineur et l'interdit ne peuvent accepter tacitement.]] Cela étant, on se demande dans quel but la loi exige cette autorisation. Est-ce que l'acceptation bénéficiaire peut être préjudiciable ? L'héritier bénéficiaire, dira-t-on, ne court qu'une chance, celle de gagner ! Il n'est pas exposé à perdre puisqu'il n'est tenu des dettes qu'*intra vires successionis !* Cette critique repose sur une erreur : il n'est pas vrai que l'héritier bénéficiaire ne coure aucun danger. Nous avons, en effet, démontré que la renonciation est quelquefois plus avantageuse que l'acceptation bénéficiaire. L'option entre ces deux partis intéressant la fortune de l'héritier, la loi n'a pas voulu confier au tuteur seul le droit de la faire.

La succession dévolue à un mineur émancipé ne peut être également acceptée que sous bénéfice d'inventaire. L'émancipé accepte lui-même ; mais il a besoin de l'assistance de son curateur (1) et de l'autorisation de son conseil de famille (art. 322).

[[Dans la cause de *Rolland & Michaud* (9 R. L., p. 19), la cour d'appel a décidé que la nullité de l'acceptation d'une suc-

---

(1) M. Dem., t. 2, nº 253 *bis*, VI.—*Contra*, MM. Aubry et Rau, t. 1er, § 134, p. 557, note 9 ; Laurent, t. 5, nº 230.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 148, reconnaît que c'est là le sentiment général, mais ajoute qu'il y a quelques dissidences. En effet, l'acceptation d'une succession n'est pas comprise dans l'énumération de l'article 351, et Mourlon lui-même pose le principe que le demi-interdit peut faire seul les actes non énumérés. Voy. mon tome 2e p. 317.

cession faite par le tuteur pour ses mineurs, sur avis d'un conseil de famille, ne peut être prononcée dans une cause où les mineurs ne sont pas parties.

J'ai rapporté, dans mon tome 2, pp. 231-233, la jurisprudence de nos tribunaux sur l'acceptation d'une succession échue à un mineur. Je puis y ajouter la cause de *Labelle* v. *Labrecque* (R. J. Q., 8 C. S., p. 490), jugée depuis, dans laquelle le juge Jetté a décidé qu'à défaut d'acceptation formelle, par le tuteur autorisé, de la succession ou legs qui advient au mineur, la loi le déclare acceptant sous bénéfice d'inventaire, et que, partant, le tuteur est fondé à exercer les actions qui intéressent son pupille.

§ IV.—*Comment se fait l'acceptation.*

L'acceptation est expresse ou tacite [[C'est ce que dit l'article 645 en ces termes :

645. " L'acceptation peut être expresse ou tacite ; elle est " expresse quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans " un acte authentique ou privé ; elle est tacite quand l'héritier " fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'ac- " cepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'hé- " ritier " (*a*).]]

1° *Acceptation expresse.*—Elle est expresse " lorsque le successible prend le *titre d'héritier* dans un *acte authentique ou sous seing privé*." Une déclaration *verbale* faite en présence de témoins n'est donc pas suffisante. La loi exige une déclaration écrite, d'une part, afin de couper court aux procès, d'autre part, parce qu'une déclaration verbale est souvent faite légèrement et sans réflexion.

Remarquons même que les mots : *acte authentique ou sous seing privé* doivent être entendus avec un certain tempérament. Il s'agit ici, non pas d'un acte quelconque, mais d'un écrit destiné à faire preuve en justice, à constater un fait juridique relatif aux affaires de la succession, tel, par exemple, qu'une assignation, une quittance, un acte de bail, etc. Ainsi, le successible qui écrit à un ami *qu'il est héritier* de son parent décédé n'accepte pas. Il en est différemment s'il prend la même qualité dans une lettre d'affaires qui le met en rapport juridique avec ceux que la succession intéresse, par exemple, dans une lettre écrite, soit à un débiteur qu'il menace de poursuivre

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 778 du code Napoléon.

soit à un créancier pour le prier de suspendre ses poursuites pendant un certain temps (*a*).

Au reste, le système de la loi à cet égard est aussi inconséquent qu'il est dangereux. Selon le langage du monde, et même selon la loi, le mot *héritier* a deux sens bien distincts : en effet, on l'emploie indifféremment pour désigner tantôt le successible qui est irrévocablement héritier, qui a déjà accepté, tantôt le successible qui *délibère* sur le parti qu'il doit prendre (art. 607, 645, 652, 654). Aussi arrive-t-il fréquemment qu'un successible qui délibère, qui ne sait pas encore quel parti il choisira, prend dans un acte d'administration des biens héréditaires, la qualité d'héritier, attachant à ce mot le sens que la loi elle-même y attache, celui d'héritier délibérant. Les successibles qui n'ont pas une connaissance parfaite des subtilités ou des imperfections de notre code se trouvent ainsi constitués à leur insu et contrairement à leur volonté, définitivement et irrévocablement héritiers (1).

2° *Acceptation tacite.*—L'acceptation est tacite " lorsque le successible fait un *acte* (ce mot est synonyme d'*action*) qui suppose nécessairement son intention d'accepter, *et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier*." Cette seconde phrase, *et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier*, est superflue : car, si l'acte du successible est de telle nature qu'il fasse *supposer nécessairement* son intention d'accepter, qu'exiger de plus (*b*) ? Qu'importe qu'il l'ait fait en

(1) Toutefois, nous admettons que la clause où l'habile à succéder a pris la qualité d'héritier est susceptible d'interprétation, et qu'ainsi on ne saurait la traduire dans le sens d'une acceptation, quand il y a intention contraire, évidente. La preuve de l'intention contraire peut résulter d'inductions tirées soit de l'acte même où la qualité d'héritier a été prise, soit de circonstances extérieures. MM. Demol., t. 14, n° 381 ; Aubry et Rau, t. 6, § 611 *bis*, p. 387 et 388 ; Laurent, t. 9, n° 290.—Voy. pourtant Dem., t. 3, n° 38 *bis*, II. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 152, dit qu'il faut, pour qu'il y ait acceptation, que le successible ait pris la qualité de *propriétaire des biens héréditaires*, et qu'il ne suffira pas toujours pour cela qu'il se soit dit *héritier*.]]

(*a*) La demande de lettres de vérification, dont je parlerai dans le § VII de cette section, faite en qualité d'héritier, ou la contestation de ces lettres en la même qualité, serait sans doute une acceptation expresse.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 154, dit qu'il suffit, pour adapter le texte cité à l'interprétation qu'il faut lui donner, de considérer la particule "*et*," qui unit les deux membres de phrase dont il se compose, comme synonyme de "c'est-à-dire." Ainsi l'article 645 dirait que l'acceptation est tacite " quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son " intention d'accepter, *c'est-à-dire* qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa

telle ou telle qualité ? L'acte peut faire supposer nécessairement l'intention d'accepter, quoique le successible ait eu, pour le faire, une autre qualité que celle d'héritier (*a*), et, réciproquement, l'acte peut ne pas faire supposer nécessairement cette intention, bien que le successible n'ait pu le faire qu'en qualité d'héritier. Appelé à succéder à mon père et à mon oncle, je trouve dans la succession de mon père une montre que lui avait prêtée mon oncle ; je la vends, pensant qu'elle était à mon père : je n'ai pas accepté la succession de mon oncle, et cependant j'ai fait un acte, une aliénation, que je ne pouvais faire qu'en qualité d'héritier de mon oncle ; j'ai accepté la succession de mon père, et cependant l'acte que j'ai fait, je pouvais le faire en une qualité autre que celle d'héritier de mon père, c'est-à-dire en qualité d'héritier de mon oncle. Tout se réduit donc à une question d'intention (*b*).

Maintenant, quels sont les actes qui font supposer nécessairement l'intention d'accepter ? La loi ne les désigne que par *a contrario*. [[En effet, l'article 646 porte que " les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si on n'a

" qualité d'héritier." Il faut considérer la qualité en laquelle le successible a cru l'accomplir plutôt que celle en laquelle il l'a accompli en réalité. Voy. cassation, 18 décembre, 1889. Sirey, 1890. 1. 344.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, ne paraît pas être de cet avis. Il dit qu'on ne saurait douter que les actes accomplis par un successible n'entraînent pas *immixion*, quand il avait un autre titre pour les accomplir. En effet, il n'est pas certain qu'il ait entendu agir en qualité d'héritier ; le contraire même est probable, car il avait intérêt d'agir en l'autre qualité pour ne pas compromettre son droit d'option, et dans le doute on doit supposer qu'il a choisi le parti le plus avantageux. Ainsi le successible était caution du défunt, il paie la dette de ses deniers, sans expliquer s'il la paie comme caution ou comme héritier. On supposera qu'il a payé comme caution. Le même auteur ajoute qu'il faudrait en décider de même, quoique le cas présente plus de doute, si le successible paie de ses deniers une dette héréditaire dont il n'était pas personnellement tenu, puisque la loi autorise le premier venu à payer une dette (art. 1141). Voy. cassation, 18 août 1869. Dalloz, 1869 1. 461.

(*b*) La jurisprudence française est très rigoureuse en matière d'acceptation. Ainsi, M. Baudry-Lacantinerie (nº 153) dit qu'il a été jugé à plusieurs reprises que le successible fait acte d'héritier et accepte tacitement la succession, lorsqu'il dispose de tout ou partie des effets à l'usage personnel du défunt, même au profit des personnes qui l'ont soigné dans sa dernière maladie ou au profit d'indigents. Voy. dans Sirey et Gilbert, sur l'art 778 du code Napoléon, une série d'actes qu'on a jugé constituer ou ne pas constituer acceptation d'une succession.

" pas pris le titre et la qualité d'héritier " (*a*).]] Les actes de *conservation* et *d'administration* des biens de la succession n'emportent point acceptation : c'est donc aux actes qui n'ont pas ce caractère qu'est attachée la présomption légale de l'acceptation, c'est-à-dire aux *actes de propriétaire*.

Ainsi, l'héritier accepte tacitement, lorsqu'il fait un acte qui suppose nécessairement l'intention d'accepter ; l'acte qui suppose nécessairement cette intention est celui qu'il fait comme *maître* ou *propriétaire*. En conséquence, celui-là accepte tacitement qui aliène ou détruit des biens de la succession, qui fait des coupes extraordinaires ou des remises de dettes....

Au contraire, l'héritier n'est pas présumé acceptant, lorsqu'il fait simplement des actes d'administration ou de conservation des biens : tels sont, par exemple, les réquisitions d'apposition et de levée de scellés, les demandes en justice quand elles ont pour but d'interrompre des prescriptions, les renouvellements d'inscriptions hypothécaires qui sont sur le point d'être périmées, les locations des appartements vacants, etc. — Il existe, toutefois, un acte d'administration qui emporte acceptation tacite. C'est administrer que vendre les meubles sujets à dépérissement ; et cependant l'héritier accepte tacitement quand il procède à cette vente, [[sans la faire publiquement]] et sans observer les formes voulues par la loi. L'article 665 est formel sur ce point (*b*).

L'héritier qui fait des actes d'administration doit avoir soin de ne pas prendre, en les faisant, la qualité d'héritier : car alors, aux termes de l'article 646, *il accepterait expressément*... Nous avons montré le danger de ce système (1).

Quel est le motif de la différence établie entre les actes de *propriétaire* et les actes *d'administration ?* Pourquoi la

(1) " D'après la doctrine et la jurisprudence, dit M. Laurent (t. 9, nº 295), il ne suffit pas que le successible prenne le titre d'*héritier* pour qu'il y ait acceptation ; il faut, de plus, qu'il ait attaché à ce mot le sens d'héritier définitif pur et simple. Ce principe doit s'appliquer, à plus forte raison, quand le successible prend la qualité d'héritier dans un acte conservatoire." [[Voy. le sentiment de M. Baudry-Lacantinerie, *supra*, p. 381, note (1).]]

(*a*) L'article 779 du code Napoléon, dit : " si l'on n'y a pas pris le titre *ou* la qualité d'héritier." Sauf cette différence — qui à vrai dire n'en est pas une — notre article est la copie textuelle de l'article 779 C. N.

(*b*) L'article 796 du code Napoléon exige une autorisation en justice. Notre article 665 ne demande que la vente publique après les affiches et publications requises par les lois sur la procédure.

volonté d'accepter est-elle présumée dans le premier cas, tandis qu'elle ne l'est pas dans le deuxième ? La loi est partie de cette idée : l'acceptation doit être présumée toutes les fois que l'acte dont il s'agit est de telle nature qu'on ne peut l'expliquer qu'en supposant chez l'héritier l'intention d'accepter ou une intention criminelle. Dans ce cas, en effet, l'héritier ne peut pas donner la seconde explication : la première reste donc toute-puissante. —Elle ne doit pas l'être, au contraire, lorsque, entre ces deux explications, peut s'en placer une autre qui n'a rien de malhonnête. Or, les actes d'administration peuvent être expliqués *honnêtement*, sans qu'il soit nécessaire de supposer chez l'héritier l'intention d'accepter. Il peut, en effet, dire qu'il n'y a procédé qu'*animo gerendi*, tant dans son intérêt personnel, pour le cas où il accepterait que dans l'intérêt de ceux qui profiteraient de sa renonciation, dans le cas où il viendrait à renoncer. Lorsqu'il a disposé en maître d'un objet de la succession, lors, par exemple, qu'il l'a vendu et qu'il en a touché le prix, s'il n'a pas eu l'intention d'accepter, il a voulu alors s'enrichir aux dépens de la succession, en détournant le prix qu'il a touché. La seconde explication est *malhonnête*, il ne peut pas la donner : la loi, qui ne présume point la fraude, le tient pour acceptant (M. Val.).

Actes qui sont spécialement désignés par la loi comme faisant supposer nécessairement l'intention d'accepter.—[[L'article 647 énumère ces actes en ces termes :

647. " La donation, vente ou transport que fait de ses droits " successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous " ses cohéritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part " acceptation de la succession.

" Il en est de même : 1° de la renonciation, même gratuite, " faite par un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de " ses cohéritiers ; 2° de la renonciation qu'il fait, même au " profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit " le prix de sa renonciation " (*a*).]]

L'héritier est présumé acceptant :

I. *Lorsqu'il aliène ses droits successifs par vente, échange ou donation.* L'héritier ne peut disposer de l'hérédité qu'*autant qu'il l'a réellement* ; il en dispose en la transportant à un tiers : il manifeste donc nécessairement l'intention d'accepter (1) lorsqu'il aliène ses droits successifs.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 780 du code Napoléon.

(1) Est-ce bien exact ? L'aliénation des droits *successifs* ne suppose pas, ce me semble, *nécessairement* l'intention d'accepter. " Qu'ai-je aliéné ?

L'aliénation des droits successifs emporte acceptation, lors même que l'héritier a protesté, dans l'acte d'aliénation, contre la présomption légale d'acceptation, lors même qu'il a dit expressément qu'il entendait céder non pas l'hérédité irrévocablement acquise, mais son droit tel qu'il l'a, c'est-à-dire le droit d'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, en un mot, l'option à faire entre les trois partis qui lui sont ouverts. Cette protestation est sans effet, parce qu'elle est contraire à la nature de l'acte. L'héritier ne peut pas faire un acte de maître, de propriétaire et n'être pas propriétaire, héritier définitif ; ce qu'il fait l'emporte sur ce qu'il dit (M. Val.).

Celui qui *donne* sa part à ses cohéritiers accepte tacitement. Cependant, dira-t-on, *donner* sa part à ses cohéritiers ou y *renoncer*, n'est-ce pas au fond la même chose ? Est-ce que la part du renonçant, comme celle de l'héritier qui la donne, ne profite pas à ses cohéritiers ? Dès lors pourquoi ne pas assimiler l'héritier donateur à l'héritier renonçant ?

Cette assimilation entre les deux faits n'est qu'apparente.

L'héritier qui *renonce* veut être étranger à la succession. Il ne dispose point de ses droits au profit de ses cohéritiers. Ceux-ci les acquièrent sans doute, mais ils ne les tiennent pas de lui : il les tiennent de la loi. C'est *par droit de non-décroissement* qu'ils les acquièrent. Il n'existe donc entre eux et lui aucune relation de droit.

L'héritier qui *donne* ses droits à ses cohéritiers dispose, au contraire, de sa part : il en investit ses cohéritiers. C'est de lui et non de la loi qu'ils la tiennent ; ils l'acquièrent, non pas en vertu de leur qualité d'héritiers, mais *comme donataires*. Entre eux et lui s'établissent donc des relations de droit, les mêmes que celles qui existent entre un donateur et un donataire.

Cette différence dans la nature des faits amène plusieurs résultats pratiques qu'il importe de signaler.

---

peut dire l'héritier. Mes droits successifs, ces droits qui pouvaient être confirmés par une acceptation pure et simple, modifiés par une acceptation sous bénéfice d'inventaire, ou détruits par une renonciation. Je les ai cédés tels que je les avais ; j'ai mis le cessionnaire à mon lieu et place, l'autorisant à faire ce que j'aurais pu faire, c'est-à-dire à prendre le parti qu'il jugerait le plus utile à ses intérêts. Accepte-t-il, je suis moi-même acceptant ; renonce-t-il, je suis étranger à la succession, car mon cessionnaire était mon mandataire."—Quoi qu'il en soit, la loi, à tort ou à raison, n'a pas admis ce système. L'héritier qui cède ses droits successifs accepte purement et simplement.

Soient trois héritiers : *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. *Primus donne sa part à Tertius*, *Secundus renonce*. Entre ces deux faits les différences sont nombreuses :

1° La donation offerte par *Primus* doit être consentie et acceptée par devant notaire (art. 776) (*a*). La renonciation que fait *Secundus* [[peut être faite soit par acte notarié, soit par une déclaration judiciaire dont il est donné acte (art. 651) (*b*).]]

2° *Primus*, s'étant constitué acceptant par suite de la donation qu'il a faite, peut être poursuivi par les créanciers de la succession, sauf son recours contre le donataire.—*Secundus* étant étranger à la succession, ne peut pas être poursuivi.

3° *Primus*, étant acceptant, ne peut conserver ni les legs ni les donations qu'il a reçus du défunt (art. 712), en sorte que la donation qu'il a faite comprend, non seulement sa part dans les biens laissés par le défunt, mais encore les objets que le défunt lui a légués ou qu'il lui avait donnés de son vivant.—*Secundus*, l'héritier renonçant, conserve, au contraire, les donations ou legs qu'il a reçus du défunt (art. 713).

4° *Tertius*, donataire, doit des aliments à *Primus*, donateur.—Il n'en doit pas à *Secundus*, renonçant : car il n'a rien reçu de lui (*c*).

5° La donation faite par *Primus* est révocable pour cause d'ingratitude (art. 811).—La renonciation est irrévocable.

II. *Lorsqu'il renonce au profit de quelques-uns* SEULEMENT *de ses cohéritiers*.—L'héritier qui, au lieu de renoncer purement et simplement, renonce en désignant ceux de ses cohéri-

---

(*a*) Il y a des endroits où la forme notariée n'est pas de rigueur, mais *transeat !*

(*b*) Aux termes de l'article 784 du code Napoléon, la renonciation ne peut se faire qu'au greffe du tribunal de première instance ; dans notre droit elle peut être faite soit par acte devant notaire, soit par une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte. Ainsi, le successible qui n'a pas accepté, poursuivi comme héritier, s'il veut renoncer, peut le faire soit par acte passé devant notaire, et alors il produira copie de l'acte, ou par une déclaration signée de lui et qu'il produit au greffe en en demandant acte. L'article 2128 protège les tiers en disant que la renonciation ne peut leur être opposée si elle n'est enregistrée au bureau de la circonscription dans laquelle la succession s'est ouverte.

(*c*) L'article 813 fait du refus du donataire de donner des aliments au donateur, eu égard à la nature de la donation et aux circonstances des parties, une cause de révocation de la donation pour cause d'ingratitude, d'où on peut inférer que le donataire doit en principe des aliments au donateur.

tiers auxquels il entend que sa renonciation profite, accepte tacitement. Il accepte : car, dans sa pensée, il dispose de sa part, il en investit quelques-uns de ses cohéritiers, à l'exclusion des autres : c'est, en réalité, une donation qu'il veut faire.

Cette libéralité est soumise, soit *quant à la forme*, soit *quant au fond*, aux règles ordinaires des donations.

Soit quant à la forme... L'article 647 ne dit pas que la renonciation, [[que le successible peut faire soit par acte reçu devant notaire, soit par une déclaration judiciaire déposée au greffe]] vaut donation dans l'intérêt de ceux que le renonçant a voulu avantager. Cette déclaration, [[lorsqu'elle est faite au greffe,]] n'a qu'un effet : elle fait supposer chez le renonçant l'intention d'accepter. Si les cohéritiers désignés dans la renonciation comme devant en profiter, ont l'intention d'accepter l'offre de libéralité qui leur est faite, ils doivent aller, avec le renonçant, chez un notaire, qui dressera acte de leurs volontés (1).

Soit quant au fond... Ainsi, elle est *révocable*, pour cause d'ingratitude ; *rapportable*, si ceux qui la reçoivent succèdent au renonçant.

III. *Lorsqu'il renonce au profit de tous ses cohéritiers*, MAIS MOYENNANT UN PRIX, *ou plus généralement* ALIQUO DATO.— L'héritier qui renonce dans l'intérêt de tous ses cohéritiers, mais moyennant un prix, accepte tacitement : " car, disait Domat, recevant un prix de l'hérédité, il en fait une vente" (2).

---

(1) On peut même soutenir que le greffier ne doit pas recevoir une pareille déclaration. Voy. MM. Dem., t. 3, nº 100 *bis*, II ; Demol., t. 14, nºs 441 et suiv. Comp. M. Laurent, t. 9, nº 327.[[J'ai modifié le texte de Mourlon à cause de la disposition de notre article 651, différente, je l'ai dit (voy. la note (*b*) *supra*), p. 386, de celle de l'article 784 du code Napoléon. Mais, à vrai dire, il me semble qu'une renonciation en faveur de quelques héritiers produite au greffe pourrait être déclarée non avenue comme renonciation. En effet, quel est le but de la renonciation que le successible produit au greffe ? C'est de faire tomber la poursuite dirigée contre lui en qualité d'héritier, en constatant qu'il repousse cette qualité et renonce à la succession. Or la renonciation en faveur de certains successibles seulement vaut acceptation (art. 647). Donc loin de faire tomber la poursuite elle la fait maintenir. Il en serait autrement si elle était faite au demandeur, héritier lui-même, qui l'accepterait. A tous égards, il est clair qu'une semblable renonciation étant une donation devrait revêtir les formes des donations.]]

(2) Pothier était d'un avis contraire : "Celui qui renonce à la succession moyennant une somme d'argent, disait-il, abdique le droit qu'il pourrait avoir plutôt qu'il ne le cède... Il ne donne rien ; mais il fait une renonciation, pour laquelle il reçoit de l'argent de ceux qui ont inté-

[[Il y a quelques arrêts de nos tribunaux sur cette question de l'acceptation des successions.

J'ai rapporté *supra*, p. 378, l'arrêt porté par le juge Taschereau, dans la cause de *Lavoie* v. *Lefrançois* (15 L. C. R., p. 145), a l'effet qu'un héritier collatéral ne peut faire des actes d'acceptation avant la renonciation d'un héritier en ligne directe. J'ai dit que cette question est controversée dans le droit français moderne.

Dans cette même cause, le juge Taschereau a jugé qu'aucun acte fait par un héritier après sa renonciation ne peut être considéré comme un acte d'héritier, parce que, ajoutait-il, il ne peut plus accepter du moment qu'il a renoncé.

Cette décision a été rendue avant le code, et ainsi que nous le verrons plus loin, la question de savoir si la renonciation est révocable était controversée sous l'ancien droit, Pothier tenant pour la négative. Les codificateurs ont embrassé l'opinion contraire et maintenant il n'y a aucun doute que l'héritier peut reprendre la succession, même lorsqu'il y a renoncé, si elle n'a pas été acceptée par un autre y ayant droit (art. 657).

Dans la cause d'*Ayotte* & *Boucher*, la cour suprême (9 *Supreme Court Repts*, p. 460) tout en admettant que le successible fait acte d'héritier lorsqu'il dispose à titre onéreux ou à titre lucratif d'un bien meuble ou immeuble de l'hérédité, a déclaré, dans l'espèce, ces actes non avenus comme étant le résultat du dol et de la fraude d'un des créanciers de la succession. Voy. la décision de la cour d'appel (3 D. C. A., p. 123 ; 6 L. N., p. 26 ; 8 Q. L. R., p. 327).

Dans la cause de *Trenholme* v. *Mitchell* (R. J. Q., 7 C. S., p. 226), le juge Loranger a décidé que la partie qui allègue acceptation par la partie adverse n'est pas tenue de dénoncer par sa déclaration les actes qui constituent cette acceptation.]]

§ V. — *De la transmission de la succession.*

Dès que la succession est ouverte, la loi investit l'héritier, qui l'acquiert même à son insu. S'il meurt avant d'avoir pris parti, il la transmet, confondue dans la sienne, à ses propres héritiers, légitimes ou testamentaires.

---

rêt qu'il la fasse et qui doivent en profiter." *Successions*, chap. III, sect. III, art. 1er, § 1. [[M. Baudry-Lacantinerie (no 157) fait remarquer que l'opinion de Domat était isolée dans l'ancien droit. Le code Napoléon a donc innové et nos codificateurs ont adopté la règle de l'article 780 du code Napoléon, sans même indiquer l'article 647 comme étant de droit nouveau.]]

[[C'est la disposition de l'article 648 qui est en ces termes :

648. " Lorsque celui à qui une succession est échue est " décédé sans l'avoir répudiée, ou sans l'avoir acceptée expressé- " ment ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la " répudier à sa place " (*a*).]]

L'héritier qui a renoncé transmet à ses propres héritiers non pas la succession, puisqu'il ne l'a plus, mais le droit de l'acquérir en l'acceptant, si elle n'a pas été valablement acceptée par d'autres (art. 657).

Secundus, appelé à la succession de *Primus*, est mort sans avoir pris parti : ses héritiers ont acquis, en même temps que la sienne, la succession de *Primus*. Ils l'ont acquise telle qu'il l'avait lui-même : ils peuvent donc, soit l'accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, soit la répudier.

L'acceptent-ils : ils acceptent par là même la succession à laquelle ils sont appelés de leur chef. En acceptant celle qui s'y trouve comprise, ils aliènent un droit qui faisait partie de la succession de *Secundus*, le droit de répudier la succession de *Primus :* c'est un nouveau cas d'acceptation tacite. Ainsi, il se peut qu'en acceptant une succession, on en accepte une autre.

La répudient-ils : ils aceptent encore tacitement la succession de *Secundus*. Par cette répudiation, ils disposent d'un droit qui faisait partie de la succession ouverte à leur profit. Ainsi, il se peut qu'en renonçant à une succession, on en accepte une autre.

Les héritiers de *Secundus* ne peuvent pas choisir *séparément*, chacun, le parti qui lui convient relativement à la succession que le défunt leur a transmise : à eux tous ils n'ont qu'un seul parti à prendre au sujet de cette succession, l'acceptation pure et simple, ou l'acceptation bénéficiaire, ou enfin la répudiation. *Secundus* dont ils sont les ayants-cause, n'a pas pu, a-t-on dit, leur transmettre le droit de diviser ce qu'il ne pouvait pas diviser lui-même. Qu'arrivera-t-il donc s'ils ne sont pas d'accord ? L'ancien droit voulait que la justice intervînt et qu'elle vidât le conflit en faisant prévaloir *le parti le plus avantageux* (1). Le code n'a pas suivi ce système : il ne

---

(1) Pothier, *Introd. au titre XVII de la cout. d'Orléans*, n° 41 ; *Successions*, chap. III, sect. III, art. Ier, § 2.

(*a*) Sauf la substitution des mots "a sa place" aux mots "de son chef," cet article reproduit textuellement la disposition de l'article 781 du code Napoléon. Il n'y a là qu'une différence de mots.

laisse pas à la justice le soin de décider sur le *quid utilius*. C'est lui-même qui tranche la difficulté : si les héritiers de *Secundus* ne sont pas d'accord sur le parti à prendre relativement à la succession de *Primus*, *cette succession doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire* (1).

[[C'est la disposition de notre article 649 qui est de droit nouveau.

649. " Si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter " ou pour répudier la succession, elle est censée acceptée sous " bénéfice d'inventaire " (*a*).

Le législateur est parti de cette idée, que, l'acceptation bénéficiaire étant toujours le parti le plus sage, il était inutile de consulter la justice. Mais rien n'est plus inexact. Nous avons, en effet, démontré que la répudiation et même l'acceptation pure et simple sont souvent préférables à l'acceptation bénéficiaire.

Ce système du code n'est donc point logique. Il est même fort dangereux : car l'un des héritiers peut, par une résistance ridicule, ou même en colludant avec les cohéritiers de leur auteur, de *Secundus*, imposer à ses propres cohéritiers une acceptation qu'ils ont intérêt à ne pas faire (2).

Frappés de ces résultats, quelques jurisconsultes ont pensé que l'article 649 ne devait recevoir son application qu'au cas où l'acceptation bénéficiaire est en réalité préférable à la répudiation. Ce n'est qu'en vue de cette hypothèse, disent-ils, que la loi impose l'acceptation bénéficiaire aux héritiers en conflit : il faut donc, dans l'hypothèse contraire, s'en tenir au système qui était autrefois suivi. Je n'admets point cette solution ; le texte y résiste trop énergiquement (3) (*b*).

---

(1) Nous trouvons là le cas d'une *acceptation imposée*, et, par conséquent, une exception au principe que : *Nul n'est tenu d'accepter une succession* (art. 641).

(2) MM. Val. ; Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 121 ; Aubry et Rau, t. 6, § 610, p. 378.

(3) Voy. aussi M. Demol., t. 14, n° 340.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 782 du code Napoléon, sauf que ce dernier article dit "doit être acceptée" sous bénéfice, etc., notre article : "elle est censée acceptée." Cette différence de rédaction ne change rien à l'esprit de la disposition.

(*b*) Dans une autre hypothèse très voisine de celle qui nous occupe, celle d'héritiers de la femme qui ne s'entendent pas sur l'acceptation de la communauté, le législateur a pourtant permis à ces héritiers d'exercer

Les héritiers de celui au profit duquel une succession s'était ouverte ne succèdent pas à la personne dont ils acquièrent la succession par transmission. Cette succession était confondue dans le patrimoine du transmettant ; elle faisait partie de ses biens, et, en mourant, il l'a transmise, comme tout autre droit, à ses propres héritiers. C'est lui, par conséquent, qui est le véritable héritier. De là il suit que les héritiers qui acquièrent une succession par transmission doivent *rapporter* à cette succession, non pas les libéralités qu'ils tiennent eux-mêmes du premier décédé, mais celles qu'a reçues l'héritier qui la leur a transmise.

Ainsi, on succède soit de *son chef*, soit *par représentation* ; on ne succède pas *par transmission* (1).

[[Ainsi, on le voit, il y a une différence qu'il importe de bien constater entre la succession transmise par l'héritier qui est mort sans avoir accepté ou renoncé, et la succession que l'on prend à la place du successible prédécédé. — Dans le premier cas, l'on n'est pas héritier dans la succession transmise, on ne fait qu'exercer le droit de l'héritier de cette succession. Dans le cas de la représentation, le représentant est véritablement héritier et c'est pour cela qu'il rapporte ce qu'il a reçu du *de cujus*, tandis que l'héritier par transmission (*a*) ne rapporte pas ce que le *de cujus* lui a donné. On succède par transmission du chef d'une personne qui a survécu au *de cujus*, tandis qu'on succède par représentation du chef d'une personne à laquelle le *de cujus* lui-même a survécu.

Mais il y a encore d'autres conséquences pratiques à tirer cette distinction. Ainsi :

1° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 624) : on est, au contraire, obligé d'accepter la succession de celui auquel est échue la succession transmise, si on veut profiter de cette transmission ;

2° Lorsqu'on accepte ou qu'on répudie une succession acquise par representation, on n'accepte pas tacitement la succession du représenté, mais il y a acceptation tacite de la succession de celui à qui la succession transmise a été déférée, lorsqu'on

---

divisément le droit d'option dont l'exercice était indivisible pour la femme art. 1362). M. Baudry-Lacantinerie (n° 170) regrette que le législateur n'ait pas suivi la même inspiration ici.

(1) MM. Demol., t. 13, n° 384 ; Laurent, t. 9, n° 70.

(*a*) Cette expression est impropre car il n'y a pas de succession par transmission, je ne m'en sers que parce qu'elle est plus concise.

accepte ou qu'on répudie cette dernière succession. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nos 166 et 167.

Le même auteur enseigne (no 168) que " l'héritier du successible, décédé sans avoir pris parti, peut fort bien, s'il est " appelé personnellement à la succession que son auteur lui a " transmise, la répudier du chef de celui-ci pour l'accepter " ensuite de son propre chef." Ce qui, ajoute-t-il, lui procurera l'économie d'un droit de mutation, conséquence importante en cette province où il existe des impôts sur les successions. Ainsi mon aïeul, dont mon père était seul héritier, est mort avant ce dernier, et mon père meurt à son tour avant d'avoir pris parti. Je puis répudier du chef de mon père la succession de mon aïeul et l'accepter de mon propre chef. Dans ce cas, il n'y aurait de droits à acquitter que sur la transmission directe de la succession de mon aïeul, mais il en serait autrement si j'acceptais la succession de mon aïeul du chef de mon père, car il y aurait deux droits de mutation à payer, un pour la mutation de mon aïeul à mon père, un autre pour la mutation de mon père à moi. Bien entendu que j'accepte, dans ce cas, les deux successions, celle de mon aïeul et celle de mon père, car j'exerce un droit de ce dernier, le droit de répudiation. Je fais donc par là même acte d'héritier de mon père. Il n'y a aucun moyen d'éviter cette acceptation des deux successions. Car, si je renonce à la succession de mon père, cette succession, avec celle de mon aïeul qu'elle comprend, sera déférée aux autres héritiers de mon père, et faute d'héritiers, au conjoint survivant de mon père, et à son défaut, au souverain. Je devrai donc prendre la qualité d'héritier et de mon aïeul et de mon père, et le seul avantage que j'obtiens c'est de faire l'économie d'un droit de mutation de la succesion de mon aïeul.

Si le successible est mort après avoir répudié la succession à laquelle il était appelé, ses héritiers pourront la reprendre si elle n'a pas été acceptée par d'autres héritiers pouvant les exclure, car en agissant ainsi, ils ne font qu'exercer un droit qui appartenait à leur auteur (art. 657) (*a*).]]

§ VI — *Exceptions au principe que l'acceptation, une fois faite, est irrévocable.*

L'acceptation, en principe, est irrévocable. Mais, par exception, elle peut être rescindée :

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, no 169. Voy. *Supra*. p. 389.

1° *Lorsqu'elle a été faite par un héritier en fraude de ses créanciers* : c'est une application du principe de l'article 1032 ;

2° *Lorsqu'elle a été faite par un héritier incapable de s'obliger, ou par le représentant de cet héritier, sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi ;*

3° *Lorsqu'elle est le résultat du dol,* [[*de la crainte ou de la violence*]] pratiqué, par une personne intéressée à voir le successible se porter héritier, c'est-à-dire par un créancier héréditaire ou par un cohéritier.

[[Notre article 650 se lit comme il suit :

" Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse ou tacite " qu'il a faite d'une succession que dans le cas où cette acceptation a été la suite du dol, de la crainte ou de la violence ; " il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion seulement ; " il en est autrement dans le cas où la succession se trouverait " absorbée ou notablement diminuée par la découverte d'un " testament inconnu au moment de l'acceptation " (*a*).]]

Un créancier héréditaire... Le défunt a laissé une succes-

(*a*) Notre article diffère sous deux rapports de l'article 783 du code Napoléon. D'abord le code français ne mentionne que le dol ; le nôtre parle du dol, de la crainte et de la violence, mais on admet en France la violence et partant la crainte comme causes de rescision. Il y a cependant une autre différence plus importante entre ces articles. Notre droit et le droit français ne rangent pas en principe la lésion parmi les causes de rescision, mais tous deux l'admettent dans un cas exceptionnel : le droit français, quand la succession se trouve absorbée ou diminuée *de plus de la moitié* par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation ; notre droit, quand la succession se trouve absorbée ou *notablement diminuée.*

Parlant de l'article 650, les codificateurs disent : " La première partie " de l'article, conforme à l'ancien et au nouveau droit, et fondée sur les " principes généraux applicables aux obligations contractées par les " majeurs, n'offre aucune difficulté. La seconde, prise de l'article 783 " du code Napoléon, demande quelques explications : cet article déclare " que, pour que le majeur puisse se faire relever de son acceptation par " suite de la découverte d'un testament qu'il ignorait, il faut que ce " testament ait l'effet de diminuer *de plus de moitié* la valeur de la succession. Cette condition paraît nouvelle ; elle n'existait pas dans l'ancien droit français, elle ne se trouve pas non plus dans le droit romain, " qui, à la vérité, dans le cas posé, permet bien à l'héritier de se démettre " de la succession, mais ne spécifie pas la portion dont la succession doit " être diminuée par suite du testament découvert. Les commissaires ont " cru convenable de ne pas adopter la limitation du code français, et de " laisser la question se décider d'après les circonstances. C'est dans ce " sens qu'a été rédigée la partie de l'article dont il est ici question ; " laquelle, au reste, paraît conforme à l'esprit sinon à la lettre de l'ancienne jurisprudence."

sion insolvable et un héritier très riche. Celui-ci accepte-t-il : les créanciers auront, à la place d'un débiteur insolvable, un débiteur qui les payera intégralement.

Un cohéritier... Un héritier accepte la succession, la croyant bonne; elle est insolvable : cet héritier a un intérêt marqué à ce que son cohéritier accepte. — Cet intérêt peut se concevoir même au cas où la succession est solvable. Le défunt a laissé 40,000 francs, deux frères, *Primus* et *Secundus;* ce dernier a reçu du défunt, à titre de donation, la somme de 80,000 francs. *Secundus* renonce-t-il : *Primus*, quoique investi de la succession entière, n'a que 40,000 francs. Accepte-t-il : les 80,000 francs dont il a été gratifié, sont rapportés, c'est-à-dire réunis aux 40,000 francs qu'a laissés le défunt; la masse partageable est alors de 120,000 francs, dont *Primus* prend la moitié. *Primus* gagne donc 20,000 francs à l'acceptation.

Si le dol a été pratiqué par un créancier du défunt, l'héritier qui fait rescinder son acceptation cesse-t-il d'être acceptant, même à l'égard de ses cohéritiers ? Et réciproquement, s'il la fait rescinder pour cause de dol pratiqué par l'un de ses cohéritiers, cesse-t-il de l'être, même à l'égard de ceux de ses cohéritiers qui n'ont pas pris part au dol, et à l'égard des créanciers du défunt ? — J'admets sans hésiter l'affirmative : de quelque personne que le dol émane, fût-il pratiqué par un tiers étranger à la succession, l'acceptation peut-être rescindée d'une manière absolue.

Il est vrai qu'en matière de contrats, la partie qui prétend qu'elle a été victime d'un dol ne peut pas obtenir la rescision de la convention qu'elle a faite, quand les machinations frauduleuses dont elle se plaint ont été pratiquées par une personne autre que celle avec laquelle elle a contracté, [[et hors de la connaissance de cette personne (art. 993) (*a*),]] mais cette disposition est particulière aux contrats. L'article prononce la rescision de l'acceptation, par cela seul que le dol est prouvé; et l'on conçoit facilement pourquoi il en est ainsi en matière d'acceptation de successions, tandis qu'il en est différemment en matière de conventions. Lorsque je contracte avec une personne, je dois compter sur l'efficacité, la solidité de l'opération à laquelle je concours de bonne foi. Si la partie avec laquelle j'ai contracté, au lieu de se renseigner près de

(*a*) L'article 1116 du code Napoléon ne parle pas de cette connaissance du dol, mais la jurisprudence en France l'admet comme cause de rescision. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 813, note (1).

moi, s'est adressée à des tiers qui l'ont égarée, qu'elle se fasse indemniser par eux du dommage qu'elle éprouve ! Quant au contrat que j'ai fait avec elle, on ne peut pas sans injustice l'anéantir : car ce serait tromper mon attente légitime, et me punir d'un dol auquel je n'ai point participé. La loi a dû, au contraire, rescinder l'acceptation, toutes les fois qu'elle est le résultat d'un dol. En venant au secours de l'héritier induit en erreur, elle n'enlève à ses cohéritiers ou aux créanciers du défunt aucun avantage sur lequel ils ont dû compter. Cette rescision n'est pas pour eux un mécompte, elle ne les froisse pas dans leurs projets : car ils avaient dû compter moins sur l'acceptation que sur la renonciation, puisque l'héritier avait intérêt à renoncer. Elle n'est pas injuste, puisqu'elle ne fait que leur enlever la bonne fortune qu'un accident, un délit, leur avait procurée (1).

4° *Lorsqu'elle a été le résultat* [[*de la crainte ou de la violence.* Notre article, sous ce rapport, est plus formel que l'article 783 du code Napoléon, puisqu'il mentionne la crainte et la violence. Mais on admet la violence et partant la crainte en France, comme cause de rescision, car, dit-on, la violence est un dol caractérisé.]]

5° *Lorsque la découverte d'un testament contenant des legs* [[*qui absorbent ou du moins diminuent notablement la valeur de la succession,*]] *rend l'acceptation préjudiciable à l'héritier, qui n'avait accepté que dans l'ignorance de ce testament.*—Nous trouvons là une difficulté qui a bien embarrassé les commentateurs (2). Fixons-nous, avant de l'aborder, sur quelques points qu'il importe de connaître.

a. En principe, l'acceptation d'une succession n'est pas rescindable *pour cause de lésion* : l'article 650 le dit formellement. Ainsi, après avoir accepté, l'héritier découvre que les biens, dont le défunt avait conservé la jouissance et qui semblaient lui appartenir réellement, avaient été par lui donnés ou vendus de son vivant : la succession, qu'il croyait fort riche est, au contraire, insolvable. Il découvre des dettes qui absorbent de plus de moitié les biens laissés par le défunt : la succession, qu'il croyait bonne, est onéreuse. Dans l'un et l'autre

(1) MM. Val. ; Dur., t. 6, n° 454 ; Aubry et Rau, t. 6, § 611, p. 380 ; Dem., t. 3, n° 103 *bis*, I ; Marc., art. 783 ; Duc., Bonn., et Roust., t. 2, n° 577 ; Demol., t. 14, n° 538 ; Laurent. t. 9, n° 354.

(2) Voy., sur cette matière, une savante dissertation de M. Bertauld (*Revue pratique*), t. 10, p. 529 et suiv.

cas, la lésion qu'il éprouve ne l'autorise pas à faire rescinder son acceptation. La loi a considéré que la rescision donnerait lieu à trop de procès : car tout héritier repentant d'avoir accepté ne manquerait point d'alléguer qu'il ne connaissait pas, au moment de l'acceptation, le *quantum* de la fortune laissée par le défunt. C'est à l'héritier à se renseigner avant de prendre parti : qu'il étudie la vie passée du *de cujus*, ses habitudes ; qu'il consulte les personnes qui ont eu des rapports avec lui. A-t-il quelques doutes : qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire !

b. L'erreur, qui, en matière de contrats, est une cause de rescision, ne rend pas l'acceptation rescindable. La raison en est bien simple : c'est qu'ici l'*erreur* se confond nécessairement avec la *lésion*. Dans quel cas, en effet, l'erreur est-elle considérée comme un vice du consentement ? Lorsqu'elle porte sur la substance, c'est-à-dire sur les qualités essentielles de la chose qu'on se propose d'acquérir (art. 992). Or, qu'est-ce que la substance d'une succession, si ce n'est son *quantum ?* C'est donc bien réellement se plaindre d'une *lésion* qu'invoquer son *erreur* pour faire rescinder l'acceptation (*a*).

Ainsi, la lésion qui résulte de la découverte de *dettes* du défunt ou d'*aliénations* qu'il avait faites en son vivant, n'est pas une cause de rescision de l'acceptation. Il en est autrement de la découverte de *legs*. D'où vient cette différence ?

En ce qui touche les *legs* et les *donations*, la raison de différence se concevait facilement dans notre ancien droit. Autrefois les donations devaient être rendues publiques par leur insinuation sur un régistre existant, à cet effet, au greffe des tribunaux ; à défaut de cette insinuation, elles étaient nulles, même *à l'égard des héritiers du donateur*, De là, le raisonnement suivant : ou les donations ont été rendues publiques par l'insinuation, et alors les héritiers ont dû les connaître ; ou elles n'ont pas été insinuées, et alors leur découverte ne cause aux héritiers aucun préjudice, puisqu'elles sont nulles.

Cette législation, qui était en vigueur [[autrefois,]] a été plus tard abrogée. Toutefois, quant aux donations d'*immeubles* (*b*) l'*insinuation* a été remplacée par une autre théorie,

---

(*a*) Pourtant, si j'accepte, par erreur, la succession de *Primus*, croyant accepter celle de *Secundus*, il y aurait lieu à rescision. Voy. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 611, p. 381.

(*b*) Remarquons, sans modifier le texte, que dans notre droit toute donation mobilière ou immobilière doit, en principe, être enregistré, mais cette règle comporte quelques exceptions. Voy. les art. 806 et suiv.

plus ou moins analogue, la *transcription*, [[nous disons l'*enregistrement*.

Mais l'effet du défaut d'enregistrement est resté le même. Les donations d'immeubles *non enregistrées* sont, comme autrefois les donations *non insinuées*, nulles à l'égard des heritiers du donateur.

Il y a un peu de doute sur ce point en France, mais il ne saurait y en avoir dans notre droit, notre article 806 portant expressément que l'héritier du donateur peut invoquer le défaut d'enregistrement.

Quant aux donations de meubles, la formalité de l'enregistrement protège encore l'héritier, et dans le cas exceptionnel où cet enregistrement n'est pas requis (art. 808), la tradition réelle et la possession publique qui sont alors requises empêchent l'héritier de compter sur ces meubles.

A cause de ces formalités essentielles à la validité de l'acte, la découverte de donation n'autorise pas l'héritier à faire rescinder son acceptation.]]

S'il l'a ignorée, c'est qu'il n'a pas fait ce qu'il fallait pour la découvrir. Il est en faute : partant, la loi ne lui doit aucune protection. Il n'en est point de même des *legs* : car, le plus souvent, les testateurs les tiennent secrets. L'héritier qui ne les a pas découverts n'a aucune faute à se reprocher : la loi devait le protéger.

C'est par le même motif qu'on explique pourquoi les rédacteurs du code n'ont point pris en considération la découverte des *dettes* du défunt, et des *aliénations à titre onéreux* (1) qu'il a faites en son vivant : l'héritier qui se renseigne suffisamment parviendra toujours à les découvrir. Le *de cujus*, en effet, n'a pu contracter des dettes, faire des ventes, sans se mettre en rapport avec des tiers, qui, loin d'avoir intérêt à cacher leurs droits, sont au contraire intéressés à leur donner le plus de publicité possible.

Abordons maintenant la difficulté que nous avons annoncée.

La découverte d'un testament qui contient des legs, dont le montant [[a l'effet d'absorber ou de diminuer notablement l'actif de la succession,]] est une cause de rescision de l'acceptation. La découverte de ce testament peut donc constituer l'héritier *en perte !*

C'est là ce qu'on a tant de peine à établir. Si on admettait,

(1) Les aliénations à titre onéreux d'*immeubles* sont soumises à la formalité de [[l'enregistrement,]] de même que les donations.

avec MM. Duranton (t. 6, n° 462), Demolombe (t. 14, n 522) (1), que l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu de payer les legs *ultra vires successionis*, c'est-à-dire *sur ses biens personnels*, quand l'actif de la succession ne suffit pas pour les acquitter intégralement, on comprendrait sans difficulté que la découverte d'un testament pût être funeste à l'héritier et lui causer une lésion. Mais il est généralement admis que l'héritier n'est tenu des *legs* qu'*intra vires successionis*. On conçoit qu'il en soit autrement quant aux *dettes* : une solidarité d'honneur existant entre les membres de la même famille, les survivants *continuent* ceux qui ne sont plus : continuateurs de la personne du défunt, ils sont tenus de ses dettes comme il l'était lui-même, c'est-à-dire *ultra vires bonorum*. Au contraire, sur quel principe s'appuyer pour mettre à la charge de l'héritier les libéralités désordonnées du défunt ? L'héritier est-il actionné comme *continateur* du testateur : il n'est tenu de payer aucune portion des legs, car le testateur n'en était pas tenu : les legs n'obligent pas celui qui les fait (voy. art. 756). Est-il poursuivi comme *successeur aux biens* : il n'est alors tenu que dans la limite des biens qu'il détient.

Nos anciens auteurs admettent tous que *les legs ne se payent que sur les biens, déduction faite des dettes*, et rien ne montre que le code ait entendu innover à cet égard. Une aussi grave innovation eût certainement donné lieu à des controverses très vives ; or, les travaux préparatoires du code sont muets sur ce point. Quant aux dispositions du code lui-même, loin d'indiquer une pensée d'innovation, elles rappellent toutes, au contraire, l'ancienne théorie.

C'est d'abord l'article 607, où l'on voit que l'héritier est saisi des biens, sous l'obligation d'acquitter *toutes les charges de la succession*. *Toutes* les charges..., c'est-à-dire lors même qu'elles dépassent l'actif. Toutes les *charges*, c'est-à-dire les dettes du défunt et aussi certaines dépenses qui ont été faites depuis l'ouverture de la succession, telles que les frais funéraires ; mais ce mot *charges* ne comprend pas les *legs*.

C'est ensuite l'article 671, où il est dit que l'effet de l'acceptation bénéficiaire est de donner à l'héritier l'avantage de n'être tenu des *dettes* que jusqu'à concurrence des biens. S'il était tenu des *legs* comme des *dettes*, la loi n'eût certaine-

(1) Dans le même sens, MM. Aubry et Rau, t. 6, §§ 611, note, 12, et 617, p. 442 ; Laurent, t. 9, n° 360.

ment pas restreint aux *dettes* l'effet du bénéfice d'inventaire (1).

Ainsi, il est bien entendu que l'héritier n'est tenu des legs que *dans la limite de l'émolument qu'il recueille* : les legs laissés par un testateur insolvable sont, par conséquent, nuls ou caducs (*a*).

Cela posé, comment concevoir que la découverte d'un legs puisse constituer en perte l'héritier qui a accepté la succession ?

Supposons d'abord la découverte d'un legs *particulier*. De deux choses l'une : le passif est-il supérieur ou égal à-l'actif, le legs est nul : il ne nuit donc pas à l'héritier ! Le passif est-il inférieur à l'actif, le legs ne sera payé que dans la limite de l'excédent de l'actif sur le passif : l'héritier gagnera moins, mais il ne perdra pas !

La difficulté est plus grande, si nous supposons que le legs découvert est *à titre universel*. La succession est-elle bonne : l'héritier serait bien sot de demander la rescision de son acceptation, car la présence du légataire ne fait que lui enlever une portion des avantages dont il est investi. Est-elle insolvable : que lui importe alors la présence du légataire ? si le légataire réclame la fraction qui lui a été léguée, il devra supporter une fraction correspondante des dettes : sa présence ne nuit donc pas à l'héritier.

Je suppose enfin le legs *universel*. Si la succession est bonne l'héritier perd tous les avantages attachés à sa qualité d'héritier : il cesse de gagner ; mais il ne perd pas ! Si elle est insolvable, le légataire la lui enlève activement et *passivement* : sa présence ne cause donc à l'héritier aucun préjudice !

Ainsi, la découverte du testament sur laquelle l'héritier se fonde pour faire rescinder son acceptation *ne le constitue point en perte*. Et cependant la loi l'admet, en présence de cette découverte, à faire rescinder son acceptation *pour cause de lésion* (2) !

---

(1) MM. Val. ; Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 210 ; Dem., t. 3, n[os] 24 *bis*, V, 103 *bis*, II, et 124 *bis*, II ; Marc., art. 1017 ; Villequez, *Revue de droit franç. et étrang.*, 1850, p. 155 et 227 ; Laborde, *Revue pratique*, t. 26 (1868), p. 305 et suiv.

(2) Suivant M. Laurent (t. 9, n° 358), la loi n'exigerait pas une *lésion véritable*, c'est-à-dire une perte que l'héritier éprouve dans son patrimoine ; il suffirait que l'héritier, qui croyait s'enrichir en acceptant, se trouve trompé dans son attente par la découverte d'un testament.

(*a*) Je me réserve à exprimer en temps et lieu une opinion sur cette question en vue des textes de notre droit. En attendant, je laisse l'argumentation de Mourlon dans le texte.

— Les interprètes sont pourtant parvenus à trouver le mot de cette énigme juridique.

Soit une succession de 100,000 francs de biens, et de 80,000 francs de dettes connues. Avant de prendre parti, l'héritier a raisonné ainsi : " Si j'accepte, j'aurai un capital de 100,000 francs pour payer les dettes connues. Peut-être existe-t-il d'autres dettes dont j'ignore l'existence ; mais si j'en découvre de nouvelles, je ne serai pas pris au dépourvu : les 20,000 francs qui me resteront après avoir payé les dettes connues suffiront, sans aucun doute, à faire face aux dettes inconnues. Je suis pleinement sauvegardé, je puis accepter." Ainsi, il ne s'est déterminé à accepter que parce qu'il a compté sur la *totalité* de l'actif pour faire face aux dettes connues et inconnues.

Après avoir pris parti, il découvre un testament qui contient un legs *particulier* de 60,000 francs. S'il reste héritier, le légataire aura le droit d'exiger de lui l'excédent de l'actif sur le passif connu, c'est-à-dire, dans l'espèce, les 20,000 francs sur lesquels l'héritier avait compté pour faire face aux dettes inconnues. Maintenant, qu'on suppose que des créanciers se présentent et qu'ils réclament, par exemple, 20,000 francs que leur devait le défunt : l'héritier, qui est tenu *ultra vires*, sera tenu de les payer de son propre argent. Il aura à la vérité, un recours, une *condictio indebiti*, contre le légataire, à l'effet de se faire restituer les 20,000 qu'il lui a payés, et qu'il ne lui devait pas, puisque l'actif était absorbé par le passif ; mais il est clair que cette action ne le protège pas suffisamment, car le *légataire peut être insolvable*. Un danger le menace donc, s'il reste héritier : en conséquence, la loi lui permet de s'y soustraire, en faisant rescinder son acceptation.

Lorsque le legs découvert est *à titre universel*, le résultat est le même.

Lorsqu'il est *universel*, [[on fait, en France, une distinction basée sur la réserve qui n'existe pas dans notre droit, et malgré que je ne veuille pas tronquer l'argumentation de Mourlon, je ne vois pas la nécessité de reproduire ce qu'il dit de cette distinction. Dans notre droit, si le legs est universel, la succession ne s'est pas ouverte en faveur du successible qui l'avait acceptée]] : car il ne peut être question de succession *ab intestat* quand le défunt a réglé lui-même sa succession. Le parent qui a accepté n'était donc pas héritier. Il a accepté une succession à laquelle il n'avait pas droit : son acceptation est radicalement *nulle*, il n'a pas besoin de la faire rescinder.

L'article 650 suppose que la rescision de l'acceptation est demandée par un *héritier majeur*. Que décider donc si un héritier *mineur* la demande ? doit-elle être admise ? L'acceptation étant nécessairement sous bénéfice d'inventaire quand elle est faite au nom d'un mineur, il semble qu'elle doive toujours être irrévocable. En effet, dit-on, quel intérêt peut-il avoir à la faire rescinder ? Comment peut-elle le constituer en perte ? *Il n'est tenu des dettes que dans la limite de son émolument !*

Cette objection n'est pas juste. Nous avons déjà démontré que l'acceptation bénéficiaire elle-même peut être très préjudiciable à l'héritier qui l'a faite, puisque, de même que l'acceptation pure et simple, elle l'oblige à rapporter à ses cohéritiers les libéralités qu'il a reçues du défunt. Dès lors, il n'existe aucune raison de la déclarer plus irrévocable que l'acceptation pure et simple. Notre article n'est pas exclusif lorsqu'il parle de l'héritier majeur : il ne fait que statuer sur le *plerumque fit* (1).

[[On se demande en France (puisque la lésion doit y être de la moitié de l'actif de la succession), s'il s'agit de l'actif net ou de l'actif brut, et la solution qu'on donne à cette question est contestée. Plusieurs auteurs enseignent]] qu'il s'agit ici de l'actif *brut*, et non point de l'actif *net*, c'est-à-dire de l'excédent des biens sur les dettes. Autrement, la découverte d'un legs de quelques francs pourrait autoriser, ce qui serait absurde, la rescision d'une acceptation ! Soit une succession de 100,010 francs de biens et de 100,000 de dettes : l'actif net de 10 francs. La découverte d'un legs de 6 francs rendra-t-elle rescindable l'acceptation de cette succession (2) ?

2° [[On ajoute que]] quel que soit le montant des legs découverts, l'acceptation n'est pas rescindable dans le cas où l'actif brut est absorbé par le paiement des dettes connues. Dans ce cas, en effet, la découverte des legs ne nuit point à l'héritier : car, dès qu'il a employé tout l'actif au payement des dettes connues, il n'a rien à payer aux légataires. Les legs, étant *nuls*, doivent être considérés comme non avenus.—Ainsi, l'article 650 n'est applicable qu'au cas où les legs sont découverts avant l'épuisement de l'actif par le payement des dettes connues, c'est-à-dire à une époque où l'héritier a encore en sa

(1) MM. Aubry et Rau, t. 6, § 611, page 382 et suiv.

(2) MM. Dur., t. 6, n° 401 ; Val. ; Demol., t. 14, n° 551. [[*Contra* M. Baudry-Lacantinerie, n° 162]].

possession des biens provenant de la succession (M. Val.).

[[Notre article 650—et c'est un reproche fondé qu'on peut lui adresser—laisse tout dans l'arbitraire, en disant que l'acceptation peut être rescindée pour cause de lésion " dans le cas " où la succession se trouverait absorbée ou *notablement* dimi- " nuée." Il eût été peut-être mieux de reproduire la règle précise de l'article 783 du code Napoléon, car le juge devra décider suivant les circonstances et la même mesure pour la même valeur ne sera pas toujours adoptée ; mais du moins notre article permet au tribunal de trouver une réponse facile à ces difficultés. Ainsi, pouvant juger suivant les circonstances, il pourra dire si dans chaque espèce il y a ou non lésion, s'il faut tenir compte de l'actif net ou de l'actif brut. La dissertation que j'ai reproduite est utile pour démontrer au juge de quelle manière il devra exercer la discrétion que la loi lui laisse.]]

§ VII.—*Dans quel délai doit être formée la demande en rescision.*

Quelques personnes, admettant le principe de l'article 2258, veulent qu'elle soit formée dans les dix ans (1). D'autres font remarquer que cet article, ne parlant que de la rescision des *contrats*, ne régit pas celle de l'*acceptation d'une succession* : elles décident, en conséquence, que l'action peut être formée pendant trente ans, suivant le principe de l'article 2242 (2).

§ VIII.—*De l'effet de la rescision.*

L'héritier dont l'acceptation a été rescindée se trouve replacé dans la position que la loi lui avait faite avant qu'il eût accepté : il peut donc accepter de nouveau, même sous bénéfice d'inventaire. Mais, dit-on, n'a-t il pas, en faisant rescinder

(1) MM. Aubry et Rau, t. 4, § 339, p. 275, et t. 6, § 611, p. 385 ; Demol., t. 14, nº 555.

(2) Marc., sur l'art. 783 ; M. Laurent, t. 9, nº 362 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 164 ; Huc, t. 5, nº 176.

A ne consulter que le texte de l'article 2258, la conclusion paraît irrésistible que la dernière opinion est conforme aux principes juridiques. Mais Demolombe, *loc. cit.*, note (1) *supra*, appuie son argumentation, quant à l'extension qu'il convient, dit-il, de donner à l'article 2258, de citations de l'ancien droit et des anciennes ordonnances françaises, qui donnent à son sentiment beaucoup de poids.]]

son acceptation, manifesté l'intention de n'être pas héritier ? Je le confesse ; mais la loi n'admet point les *renonciations tacites* (art. 651).

[[Il n'y a qu'un arrêt à citer sous l'article 650, celui qui a été rendu par la cour suprême dans la cause d'*Ayotte & Boucher* (9 *Supreme Court Repts*, p. 460), à l'effet que l'acceptation d'une succession insolvable peut être mise de côté quand elle est le résultat du dol et de la fraude. Un nommé Boucher était mort insolvable, laissant des enfants qui étaient eux-mêmes parfaitement solvables. L'appelant, créancier du défunt pour une assez forte somme, sachant que les enfants étaient solvables, leur tendit un piège pour les induire à faire acte d'acceptation. Le défunt avait un certain droit de réméré dans une terre qu'il avait vendue. L'appelant fit préparer par un notaire un acte de transport à lui-même de ce droit, moyennant la somme de $50, et ce notaire lui ayant représenté qu'il n'aimait pas à recevoir cet acte, parce que les intimés allaient se rendre responsables à leur insu de toutes les dettes héréditaires, l'appelant employa à ces fins un notaire étranger, lequel présenta l'acte tout dressé aux intimés qui le signèrent. A cause de ce dol, l'acceptation des intimés fut mise de côté (*a*).

Je ne cite pas la cause de *Bétournay & Moquin* (5 L. N., p. 327 ; 2 D. C. A., p. 187) pour le motif que, quoiqu'il fût allégué que l'acceptation d'une succession avait été entachée d'erreur, la majorité de la cour d'appel a déclaré que la preuve de l'erreur n'avait pas été faite. Le juge Ramsay qui croyait que l'erreur avait été prouvée, n'y voyait pas une cause de rescision, ce qui d'ailleurs en principe est évident. Voy. *supra*, p. 396 et note (*a*).

§ IX.—*Des lettres de vérification.*

Il arrive assez souvent qu'une succession qui s'ouvre en cette province comprenne des biens qui ne s'y trouvent pas ou du moins des créances contre des personnes qui résident en dehors de ses limites. On comprend que, dans ce cas, les héritiers qui se présentent pour réclamer ces biens ou pour recouvrer ces créances doivent produire une preuve de leur droit de les recueillir. Dans ce but, le législateur, par le statut 41 Vic., ch. 10, qui date de 1878, a permis aux tribunaux — après une

---

(*a*) La décision de la cour d'appel en cette cause est rapportée 8 Q. L. R., p. 327 ; 3 D. C. A., p. 123 et 6 L. N., p. 26.

vérification suffisante de la qualité du requérant et après avis aux autres héritiers et des publications dans les journaux — d'accorder des lettres constatant le nom des personnes à qui la succession est échue et les proportions dans lesquelles les héritiers y succèdent. Ces dispositions sont maintenant, en vertu des articles 5801 et 6021 des statuts refondus de la province de Québec, énoncées dans l'article 650*a* du code civil et les articles 1326*a*-1326*m* du code de procédure civile. On peut se demander pourquoi les statuts refondus de la province de Québec ont placé l'art. 650*a* dans cette section qui ne se rapporte qu'à l'acceptation. Le fait que la demande ou la contestation, en qualité d'héritier, des lettres de vérification, constitue sans aucun doute une acceptation expresse de la succession, n'est pas une explication suffisante de ce qui me paraît être un hors-d'œuvre dans cette section. Toutefois, je ne me départirai pas de l'ordre choisi par le législateur, mais je me contenterai de rapporter les dispositions du code civil et du code de procédure civile à ce sujet, lesquelles ne peuvent donner lieu à aucune difficulté sérieuse.

L'article 650*a* du code civil est en ces termes :—

650*a*. " Des lettres de vérification peuvent être obtenues " dans le cas de succession *ab intestat* ouverte en cette pro- " vince ayant des biens situés hors de ses limites, ou des " créances contre des personnes qui n'y résident pas.

" La procédure dans ce cas est réglée par le code de procé- " dure civile."

On comprend que l'utilité de ces lettres ne se fait sentir que dans le cas des successions *ab intestat*. Lorsqu'il s'agit des successions testamentaires, on n'a qu'à produire le testament et à prouver l'identité du légataire.

Je vais rapporter maintenant les dispositions du code de procédure civile auxquelles l'article 650*a* renvoie.

Lorsqu'il s'ouvre en cette province une succession *ab intestat* ayant des biens situés hors de ses limites, ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, les héritiers, ou l'un ou plus d'entre eux, peuvent s'adresser à la cour supérieure ou à l'un de ses juges, dans le district où le défunt avait son domicile, ou s'il n'avait pas de domicile, à la cour supérieure ou à l'un de ses juges dans le district où il est décédé, pour obtenir des lettres de vérification constatant à qui la succession a été déférée (art. 1326*a* C. P. C.). L'on ne mentionne ici que les héritiers, mais nul doute qu'un successeur irrégulier qui a été envoyé en possession de la succession, aurait le même droit.

La demande est faite par requête énonçant le décès de la personne dont la succession est ouverte, le fait qu'elle est décédée sans testament et laisse des biens situés hors de la province ou des créances contre des personnes qui n'y résident pas, les personnes qui sont ses héritiers, leur parenté avec elle et leur filiation, et demandant des lettres de vérification à l'effet de déclarer quelles personnes ont établi leur qualité d'héritiers du défunt et dans quelles proportions (art. 1326*b*). La requête doit être accompagnée d'un affidavit du requérant ou d'une personne compétente constatant l'exactitude des faits qui y sont allégués (art. 1326*c*).

La requête avec un avis de la date à laquelle elle sera présentée, doit être signifiée aux autres héritiers connus résidant dans la province; et un avis sommaire de la demande projetée et de la date à laquelle elle sera faite doit être inséré chaque semaine durant quatre semaines consécutives, dans un journal publié en français et dans un journal publié en anglais dans le district. Il doit y avoir un intervalle d'au moins cinq jours entre le jour de la signification de la requête et celui fixé pour sa présentation, avec un jour de plus pour chaque cinq lieues additionnelles, lorsque la distance entre le palais de justice et le lieu de l'assignation est de plus de cinq lieues; le jour de la présentation doit être au moins trente jours après la dernière publication de l'avis sommaire (art. 1326*d*).

Le requérant doit présenter avec la requête les actes de l'état civil nécessaires pour en établir les allégations; et si quelqu'un de ces actes ne peut être présenté, la requête doit être accompagné d'un affidavit qui en justifie l'absence (art. 1326 *e*).

Tout héritier ou son représentant légal peut comparaître et contester la demande ou toute allégation de la requête (art. 1326 *f*). Les intervenants sont tenus de plaider dans les quatre jours de leur comparution, et le requérant doit répondre dans les trois jours de la production des plaidoyers, sous peine de forclusion dans l'un ou l'autre cas, à moins qu'un plus long délai ne soit accordé par le tribunal ou par un juge (art. 1326 *g*).

La preuve se fait et les parties sont entendues selon les règles ordinaires de la procédure. La preuve écrite produite et les dépositions ou les notes de témoignages doivent rester dans les archives du tribunal (art. 1326 *h*).

Si la demande est justifiée, le tribunal ou le juge accorde des lettres de vérification, qui déclarent quels sont ceux que la preuve constate être les héritiers du défunt, et spécifiant en quelles proportions (art. 1326 *i*). Ces lettres pren-

dront sans doute la forme d'un jugement et ce jugement étant un jugement final sera susceptible d'appel ou de requête civile ou d'opposition suivant le cas, et cela qu'il émane du tribunal ou d'un juge en chambre ; ce dernier ayant juridiction concurrente avec la cour, le droit d'appel de son ordonnance — d'après la jurisprudence bien établie — ne fait aucun doute. Ces mesures pour faire casser le jugement octroyant les lettres de vérification sont les seules qui soient ouvertes aux parties et à ceux dont les noms sont mentionnées dans les lettres de vérification.

Les intéressés qui n'étaient pas parties à ces procédures ou qui n'y étaient pas nommés, quoiqu'ils ne soient pas liés par le jugement octroyant les lettres de vérification, peuvent avoir intérêt à l'attaquer. L'action directe, recours extraordinaire et exceptionnel dans notre procédure, leur est ouverte à cette fin. Les lettres de vérification, porte l'article 1326*j*, peuvent être contestées au moyen d'une action à cette fin, devant la cour supérieure du district où elles ont été accordées, par tout héritier dont le nom n'a pas été mentionné et qui n'est pas intervenu. Remarquons qu'ici le tribunal seul est compétent. Il n'est pas question dans cette disposition de la tierce opposition, mais je ne vois pas qu'elle soit exclue.

La déclaration, dans une action en contestation de lettres de vérification, doit être accompagnée d'un affidavit du demandeur ou d'une personne compétente, niant l'exactitude des lettres, indiquant en quoi elles sont inexactes, et de plus attestant la vérité des faits allégués dans la déclaration. Tous les héritiers dont les noms sont mentionnés dans les lettres de vérification contestées, ou leurs représentants, doivent être mis en cause (article 1326*k*). La déclaration et l'affidavit doivent être produits lors de l'émission du bref ; et avis sommaire de la contestation, sous la signature du protonotaire, doit être publié de la même manière que l'avis sommaire d'une demande pour des lettres de vérification (art. 1326*l*). Le législateur exige ici la production de la déclaration et de l'affidavit lors de l'émission du bref, c'est le contraire qui se fait dans les actions ordinaires où ces pièces ne sont produites qu'au rapport du bref. Il serait préférable sinon nécessaire de produire en même temps les pièces mentionnées en l'action. Le législateur a voulu, en vue de la publicité qu'il prescrit, faciliter l'examen des allégations du demandeur même avant le rapport de son action.

Si l'action en contestation de lettres de vérification est

maintenue, le jugement les change et les rectifie, ou les révoque et les annule. Les lettres de vérification rectifiées ont le même effet que les lettres originaires. Elles peuvent également être contestées par tout héritier qui n'était ni un intervenant ni une partie dans une action en contestation (art. 1326*m*). L'on ne parle pas ici de ceux qui ont été mentionnés aux lettres originaires, mais il n'était pas nécessaire de le faire puisque ces personnes ont dû être mises en cause sur l'action en contestation. Bien entendu, les parties peuvent appeler du jugement. Ceux qui n'étaient pas parties à cette action peuvent, s'ils y ont intérêt, contester les nouvelles lettres de vérification, l'article ne dit pas comment, mais je crois qu'ils peuvent le faire par une nouvelle action. Il n'est pas question ici non plus de la tierce opposition, mais rien n'empêche qu'on n'y ait recours.

Sauf pendant l'instance d'une action en contestation, des copies authentiques des lettres de vérification originaires ou rectifiées, selon le cas, sont délivrées sous le sceau du tribunal, à quiconque les demande, pour s'en servir hors de la province dans toutes procédures ou circonstances où il est nécessaire de prouver quels sont les héritiers du défunt ou d'obtenir des lettres subsidiaires d'administration (art. 1326*n*).]]

SECTION II.—DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS.

La *renonciation* est l'acte par lequel l'héritier déclare expressément qu'il entend être considéré comme étranger à la succession.

§ I.—*Des conditions nécessaires à la validité de la renonciation.*

Il faut : 1 *que la succession soit ouverte.* [[Pourtant cette règle n'est pas invariable dans notre droit qui diffère, quant à l'unique exception qu'il reconnaît, du droit français moderne. En effet, l'article 658 se lit comme suit :

658. " L'on ne peut renoncer à la succession d'un homme " vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on y peut prétendre, " si ce n'est par contrat de mariage " (*a*).

Notre article diffère, je l'ai dit, par l'exception qu'il consacre,

(*a*) Sauf l'exception quant au contrat de mariage, c'est la copie de l'article 791 du code Napoléon.

du droit français moderne. Il ne reproduit même pas exactement, sous ce rapport, la règle de l'ancien droit. Les autorités citées par les codificateurs font voir, en effet, que la renonciation ne devait se faire, par contrat de mariage, que lorsque le renonçant était mineur ; dans les autres cas, elle pouvait se faire par tout acte (*a*). Dans notre droit le contrat de mariage est le seul mode reconnu de renonciation anticipée, mais il n'est pas nécessaire que ce soit le contrat de mariage du renonçant.]]

Ces renonciations anticipées avaient été autorisées, "afin, dit Pothier, de conserver les biens sur la tête des mâles et de soutenir la splendeur du nom " (*b*).

[[Cette législation, je l'ai dit, a été abrogée en France. Notre article prohibe également l'aliénation des droits éventuels à la succession (voy. aussi l'art. 1061).]] Les actes de cette nature ont paru contraires à la décence publique : ils supposent, a-t-on dit, chez ceux qui les font, le désir de la mort d'un parent, *votum mortis*.--Le droit romain validait cependant les conventions sur successions non ouvertes, quand le *de cujus* futur y donnait son consentement (1). La loi française n'admet pas cette exception. Elle a pensé que ces renonciations sollicitées par le *de cujus* futur seraient le plus souvent imposées et acceptées par suite de l'autorité qu'il exerce.

[[Dans le cause de *Chevrier dit Bellerive & Rocheleau* (16 L. C. R., p. 328), la cour d'appel a jugé, avant le code, que la renonciation par des enfants à la succession future de leurs père et mère est valable et est présumée faite pour l'avantage des autres héritiers ; qu'en principe, cette renonciation ne peut se faire que par contrat de mariage.

Dans la cause de *Nolin* v. *Aubert* (11 Q. L. R., p. 266), le juge McCord a décidé qu'une clause d'un contrat de mariage, par laquelle certains meubles et effets mentionnés sont donnés par les père et mère du donataire à ce dernier, " pour lui tenir lieu de tous droits et prétentions de légitime, mobiliers et immobiliers, dans les successions futures et à écheoir de ses père et mère. sans par lui pouvoir en demander davantage," est une renonciation complète et entière par le donataire à la succession future de ses père et mère.]]

---

(1) Justinien, L. 30, C., *De pactis* (II, III).

(*a*) Rousseaud de Lacombe, v° *Renonciation*, n° 17 ; Pothier, *Successions*, ch. I, sec. II, art. 4, § 3, quest. 4, éd. Bugnet. t. 8, p. 32.

(*b*) *Successions*, ch. I, sec. II, art. 4, § 3 ; éd. Bugnet, t. 8, p. 30.

2° *Que l'héritier qui répudie ait la conscience que la succession est ouverte.* Ainsi, lorsque je renonce à la succession d'une personne décédée, mais que je crois encore vivante, cette renonciation reste sans effet (voy., *supra*, p. 378, une décision semblable).

Le parent plus éloigné peut-il valablement renoncer, avant que la succession lui soit dévolue par suite de la renonciation du parent plus proche auquel elle est actuellement déférée? Sans aucun doute! cette renonciation n'est point immorale, puisqu'elle a pour objet la succession d'une personne décédée; elle ne constitue point un acte de propriété sur les biens appartenant à un autre, puisque celui qui la fait se dépouille, par avance, d'un droit qui peut s'ouvrir à son profit. Pourquoi dès lors l'annuler? Voy., *supra*, p. 378-9, une décision semblable (*a*).

3° *Que l'héritier qui renonce soit capable d'aliéner.* Ainsi, les règles sur la capacité de l'héritier qui accepte sont également applicables à l'héritier qui répudie.

§ II.—*Comment se fait la renonciation.*

L'acceptation peut être expresse ou tacite. La renonciation, au contraire, doit toujours être expresse : elle ne se présume pas, dit l'article 651. Il ne suffit même pas qu'elle soit expresse; il faut, de plus, qu'elle soit faite, selon le mode indiqué par la loi, [[par acte devant notaire ou par une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte.

La disposition de notre article 651 à cet effet se lit ainsi qu'il suit :—

651. " La renonciation à une succession ne se présume pas; " elle doit être faite par acte devant notaire ou par une décla- " ration judiciaire de laquelle il est donné acte."

Cet article diffère essentiellement de l'article 784 du code Napoléon. Ce dernier article pose comme notre article 651 le principe que la renonciation à une succession ne se présume pas, mais il ajoute qu'elle ne peut être faite qu'au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet.

Dans notre droit, il y a deux modes de renonciation :

(*a*) J'ai dit que cette solution est controversée, et qu'il y a un arrêt contraire dans notre jurisprudence.

1° l'acte devant notaire ; 2° la déclaration judiciaire. En France, il n'y en a qu'un seul : la déclaration produite au greffe.

Notre article est conforme à l'ancien droit auquel le code Napoléon a innové. Les motifs de cette innovation se devinent facilement.]]

La renonciation intéresse plusieurs personnes, les cohéritiers du renonçant, et surtout, quand il est seul, les parents qu'il excluait par sa présence : il importe donc que ces personnes en soient promptement averties. Or, si la renonciation avait pu être faite chez un notaire, il aurait fallu, pour la connaître, consulter tous les notaires de France. On proposa, il est vrai, au Conseil d'État, d'exiger qu'elle fût faite chez un notaire du domicile du défunt ; mais les notaires de ce domicile peuvent être fort nombreux, tandis qu'il n'existe toujours qu'un seul tribunal au domicile du défunt.

[[Nos codificateurs auraient peut-être pu adopter cette innovation qui, on le voit, se recommande par des raisons des plus graves. Ils disent tout simplement qu'ils ont été d'avis de retenir l'ancienne règle.

Cependant, dans une autre partie du code, ils ont cherché à obvier aux inconvénients de cette règle, et ils ont réussi, à mon avis, à les écarter suffisamment. En effet, l'article 2126, au titre *De l'enregistrement des droits réels*, porte que " la renon- " ciation au douaire, à une succession, à un legs ou à une com- " munauté de biens, ne peut être opposée aux tiers, si elle n'a " pas été enregistrée au bureau de la circonscription dans " laquelle le droit s'est ouvert." On peut ajouter que cet article — qui est de droit nouveau — s'harmonise mieux avec le système de publicité organisé par notre droit, lequel fait enregistrer à un seul bureau tous les actes que les tiers ont intérêt à connaître (*a*). Grâce à l'enregistrement de la renonciation, les créanciers de la succession n'ont plus à craindre de poursuivre un successible dont la renonciation leur serait inconnue.

Mais l'article 2126, en disant que la renonciation " ne peut " être opposée aux tiers, si elle n'a pas été enregistrée " entend-elle déclarer que dans ce cas, et malgré sa renonciation, le successible pourra être condamné comme héritier pur et simple ? Ce serait, contrairement au principe de l'article 641, le forcer d'accepter la succession, nonobstant la déclaration solennelle

(*a*) C'est ainsi que l'enregistrement des donations, des substitutions, etc., remplace leur insinuation au greffe des tribunaux.

de sa volonté de la répudier, car ce jugement, dès qu'il serait passé à l'état de chose jugée, le priverait de la faculté de renoncer (art. 669) (*a*). Tout ce que la loi a voulu dire, c'est que cette renonciation n'exemptera pas l'héritier de l'obligation de payer les frais de l'action intentée contre lui, quand il est en dehors des délais accordés pour faire inventaire et délibérer. Ainsi, la renonciation ne pourra être opposée au créancier en vue de faire tomber sur lui les frais de son action ; le successible pourra se faire mettre hors de cause, mais avec dépens contre lui-même, en produisant la copie de sa renonciation, sauf à la faire enregistrer. Il faut bien entendu que le renonçant ne se soit pas immiscé dans la succession (*b*).

La renonciation peut donc être faite soit par acte notarié soit par une déclaration judiciaire dont il est donné acte ; elle ne sera pas opposée avec succès aux tiers que si elle a été enregistrée dans la circonscription où la succession s'est ouverte. Mais qu'entend la loi par "une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte" ? Et cette déclaration judiciaire où doit-elle être faite ?

On peut répondre à la première question en disant qu'il s'agit d'une déclaration judiciaire produite par le successible, avec demande qu'il lui en soit donné acte.

Il est clair que le successible peut produire cette déclaration en réponse à une action dirigée contre lui. Mais peut-il, en l'absence de toute action, produire une déclaration au greffe de sa volonté de n'être pas héritier, et cette déclaration constituera-t-elle une renonciation suffisante aux termes de l'article 651 ?

La question n'en était pas une sous l'ancien droit. En effet, Pothier (*Successions*, ch. III, sec. IV, § 3 ; éd. Bugnet, t. 8, p. 145) enseigne que les renonciations ne peuvent se faire "que " par un acte par devant notaire, ou *par un acte au greffe*, ou " par une déclaration faite en justice, dont le juge donne acte." Et voy., au même effet, le même auteur, *Introd. au tit. 17*

(*a*) Voy. plus loin la portée de cet article.

(*b*) Cette interprétation peut paraître violenter un peu les termes de l'article 2126, mais on n'en peut adopter une autre sans effacer de notre droit le principe fondamental que nul n'est héritier qui ne veut (art. 641).

Il y a un arrêt de la cour de révision à Québec, dans une cause de *Valentine* v. *Gagnon* (R. J. Q., 2 C. S., p. 50), qui affirme la règle de l'article 2126, mais le juge Casault reconnaît que la renonciation peut être enregistrée en tout temps, si, jusqu'à ce que l'enregistrement soit effectué, le renonçant ne s'est aucunement immiscé dans la succession.

de la coutume d'Orléans, n° 65. Il est donc clair que la renonciation pouvait autrefois se faire au greffe.

Mais notre article se sert des termes "*par une déclaration judiciaire de laquelle il est donné acte.*" Et les codificateurs disent que la renonciation doit se faire par " par acte authentique ou *en justice.*" Il semble donc, quoique l'article 651 ne soit pas indiqué comme apportant une modification à l'ancien droit, que le législateur n'a voulu sanctionner que le premier et le troisième des modes de renonciation mentionnés par Pothier, c'est-à-dire l'acte devant notaire et la déclaration faite en justice.

Pour répondre maintenant à la deuxième question, l'article 651 ne dit pas où la déclaration judiciaire doit être faite. Mais il était à peine nécessaire de donner cette indication, car il est clair que tous les actes judiciaires qui concernent la succession doivent être accomplis devant le tribunal de son ouverture. C'est là que l'on demande l'envoi en possession, le bénéfice d'inventaire, des lettres de vérification, la nomination d'un curateur à la succession vacante, le partage, etc. D'ailleurs, il y a l'article 39 du code de procédure qui dit que dans les matières de succession, l'assignation est donnée devant le tribunal de l'ouverture de telle succession, si elle s'ouvre dans le Bas-Canada, sinon, devant celui du lieu où sont situés les biens, ou celui du domicile du défendeur ou de quelqu'un des défendeurs. Je crois que cette règle doit avoir son application ici. L'héritier poursuivi en qualité d'héritier avant le partage doit nécessairement être assigné devant le tribunal de l'ouverture de la succession, si cette succession s'est ouverte dans le Bas-Canada. Il est vrai que l'article 39 C. P. C. n'explique pas le sens des mots "*matière de succession.*" Je crois qu'on peut consulter, pour cela, l'article 59 du code de procédure civile français auquel les codificateurs renvoient sous l'article 39. Cet article est aussi précis que notre article est vague. Il dit que l'action doit être portée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte : " en matière de succession, 1° sur les demandes entre héritiers, jusqu'au partage exclusivement ; 2° sur les demandes qui seraient intentées par des créanciers du défunt, avant le partage ; 3° sur les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, jusqu'au jugement définitif." Il ne peut être question de renonciation d'un héritier après le partage, donc le seul endroit où le successible pourra être appelé à opter entre une condamnation en qualité d'héritier ou une renon-

ciation, c'est devant le tribunal de l'ouverture de la succession.

Dans la cause de *Fréchette* v. *Fréchette* (6 L. C. J., p. 329), le juge Bruneau a jugé que la renonciation par un enfant mâle à la succession future ne s'étend pas au legs particulier ou à la succession testamentaire, mais seulement à la succession *ab intestat.*

§ III.—*De l'imprescriptibilité de la faculté d'accepter ou de renoncer.*

Nous touchons ici à une différence essentielle entre notre droit et le droit français moderne. Dans le premier, la faculté d'accepter ou de renoncer est imprescriptible ; dans le second, au contraire, elle se prescrit par trente ans. Notre article 656 énonce la doctrine de notre droit en ces termes :—

656. " L'héritier est toujours à temps de renoncer à la " succession, tant qu'il ne l'a pas acceptée formellement ou " tacitement."

L'article 789 du code Napoléon porte, au contraire, que " la " faculté d'accepter ou de répudier une succession se prescrit " par le laps de temps requis pour la prescription la plus " longue des droits immobiliers."

Notre article est conforme à l'ancien droit français et au droit romain. L'innovation du code Napoléon ne se recommande par aucun intérêt grave. On a voulu la justifier en disant que la société est intéressée à ce qu'aucune succession ne reste indéfiniment sans maître. Mais ce but est déjà atteint par la disposition de l'article 607 qui saisit les héritiers de plein droit de l'hérédité. Ce n'est pas, en vue de cet article, exact de dire que la succession n'a pas de maître. Si l'héritier meurt sans avoir pris parti, il transmet l'hérédité à ses propres héritiers (art. 648), qui eux aussi en sont investis de plein droit. Les créanciers de la succession et les tiers qui y ont intérêt peuvent, du reste, forcer le successible à faire option. Dès lors, qui souffre du silence de l'héritier ? La disposition du code Napoléon a donné lieu à de nombreuses controverses — on ne compte pas moins de huit à neuf systèmes — et pour cette raison seule, les codificateurs auraient eu raison de repousser une innovation qui a introduit tant d'incertitude dans la doctrine. Mais, comme nous l'avons vu, les raisons les plus graves militent en faveur de l'ancienne règle.

Le successible donc — s'il n'a pas fait acte d'héritier — est toujours recevable à renoncer à la succession ; tant qu'il ne

l'aura pas fait, il demeurera *nolens volens*, en vertu du principe de l'article 607, le représentant de cette succession. La propriété des biens qui composent l'hérédité ne restera jamais en suspens, et si, après plusieurs années, il renonce, il sera censé n'avoir jamais été héritier et ceux qui recueilleront la succession à son défaut, s'ils l'acceptent, seront réputés l'avoir toujours été.]]

§ IV.—*Des effets de la renonciation.*

L'héritier qui renonce est réputé n'avoir jamais été héritier (art. 652). En conséquence, " sa part, dit l'article 653, accroît *à ses cohéritiers* ; s'il est seul, elle est dévolue [[pour le tout]] *au degré subséquent* " (*a*).

Cette disposition est inexacte sous plusieurs rapports ; elle a besoin d'être bien entendue.

1er CAS. *L'héritier qui a renoncé avait des cohéritiers.*— Que devient sa part ? Ne disons pas qu'elle accroît *à ses cohéritiers* : car cette proposition est beaucoup trop absolue. Je prends des espèces :

Le *de cujus* a laissé deux fils, *Primus* et *Secundus*, qui ont chacun deux enfants ; *Primus* et *Secundus* sont exclus comme indignes : leurs enfants succèdent donc, non *par représentation*, mais *de leur chef* ; l'un des quatre petits-fils renonce : sa part accroît à ses *cohéritiers*, c'est-à-dire à son frère et à ses deux cousins. Dans cette hypothèse, la disposition de la loi n'a rien que de très exact.

Le *de cujus* laisse deux petits-fils, nés de son fils, *Primus*, prédécédé, et deux petits-fils, nés de son fils *Secundus*, aussi prédécédé. Les quatre petits-fils succédant *par représentation*, le partage se fera par souche. L'un d'eux renonce : que devient sa part ? A s'en tenir à la lettre de la loi, elle devrait accroître *à ses cohéritiers*, c'est-à-dire à son frère et à ses deux cousins. Mais il est évident que cette solution est inadmissible. Le petit-fils renonçant étant réputé n'avoir jamais été héritier, son père est exclusivement représenté par son second

---

(*a*) Les articles 652 et 653 se lisent comme suit :

652. " L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier."

653. " La part du renonçant accroit à ses cohéritiers. S'il est seul, " la succession est dévolue pour le tout au degré subséquent."

Ces articles reproduisent les articles 785 et 786 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne contient pas les mots " pour le tout."

fils, et, en conséquence, celui-ci doit avoir, à lui seul, toute la part qu'aurait eu son père s'il eût survécu, c'est-à-dire la moitié de la succession.—Ainsi, lorsqu'un des héritiers d'une souche répudie la succession, sa part accroît, non pas à tous ses cohéritiers, mais seulement à ceux qui sont de la même souche que lui.

Le *de cujus* a laissé plusieurs héritiers *paternels* et plusieurs héritiers *maternels ;* l'un des parents *paternels* renonce : sa part accroît, non pas à *tous* ses cohéritiers, mais seulement à ceux qui sont de la même ligne que lui. En effet, aux termes de l'article 635, [[ce n'est qu'à défaut de parents successibles dans une ligne que les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout.]]—Ainsi, lorsqu'un des héritiers d'une ligne répudie la succession, sa part n'accroît qu'à ceux qui sont de la même ligne que lui.

Le *de cujus* laisse son père, sa mère et un frère ; le père renonce : [[sa part n'accroît pas à ses cohéritiers ; elle appartient exclusivement à la mère qui prendra la moitié de la succession. En effet, le père étant réputé n'avoir jamais été héritier, la succession doit être dévolue comme s'il était en réalité mort avant le *de cujus ;* or, si le père était mort avant son fils, la mère serait appelée pour une moitié, et le frère pour l'autre moitié (art. 627) (*a*).]]

2e CAS. *L'héritier qui a renoncé était seul appelé.*— Que devient la succession ? Ne disons pas qu'elle est dévolue *au degré subséquent.* Ici encore la proposition de la loi est trop absolue, car ce n'est pas toujours d'après *la proximité du degré* qu'est dévolue la succession. Le *de cujus* laisse son père et son fils ; le fils, qui est seul héritier, renonce : la succession est dévolue au fils du renonçant ; à son défaut, à son petit-fils ; en un mot, à ses descendants, si éloignés qu'ils soient du *de cujus*, et à l'exclusion du père qui pourtant est au premier degré. La succession leur est dévolue, parce que les ascendants ne succèdent qu'à défaut de descendants.

En résumé, *la renonciation profite à ceux auxquels la présence de l'héritier qui a renoncé faisait obstacle* (1).

On peut assimiler l'héritier *renonçant* à un parent *prédécédé,*

---

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 146 ; Val. ; Aubry et Rau, t. 6, § 613 ; Demol., t. 15, n° 37 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 175.]]

(*a*) Dans le droit français moderne, la mère n'aurait qu'un quart de la succession, le frère les trois quarts (art. 749 C. N.).

sauf que le premier ne peut pas être représenté (*a*), tandis que le second peut l'être dans le cas où la représentation est admise.

Du principe que l'héritier qui renonce peut être, en ce qui touche la dévolution des biens, assimilé à *un parent prédécédé*, il suit que, si les parents appelés à son défaut meurent avant qu'il ait renoncé, ce sont leurs héritiers légitimes ou testamentaires qui profiteront de la renonciation. En effet, du moment que l'héritier renonçant est réputé n'avoir jamais été héritier, les parents qui viennent à son défaut sont réputés l'avoir été le jour même de l'ouverture de la succession : ils ont donc transmis à leurs propres héritiers la succession qui, par une fiction de droit, est réputée s'être ouverte dans leurs personnes.

Il ne faut pas, au reste, exagérer la règle que l'héritier qui renonce *est réputé n'avoir jamais été héritier*. Cette fiction n'est vraie que relativement à la *dévolution* des biens. Mais, en ce qui touche l'*administration* de la succession par le renonçant et les poursuites qui ont été dirigées contre lui, il a été en réalité héritier, ou, si l'on veut, le représentant de la succession. Ainsi, les actes d'administration qu'il a faits sont valables : les personnes qui profitent de sa renonciation doivent les respecter. Les demandes qui ont été formées contre lui ne sont pas annulées par suite de sa renonciation : elles ont, par conséquent, interrompu la prescription, dans l'intérêt de ceux qui les ont faites (M. Val.).

Une question nous reste à examiner. En principe, les cohéritiers du renonçant ne peuvent pas répudier la part qu'il a abandonnée : l'accroissement est *forcé* et non *facultatif*. Mais, faut-il décider de même quand l'héritier a renoncé *après avoir fait rescinder son acceptation*, conformément à l'article 650 ? [[Mourlon répond que la question se résout par une distinction.]] L'acceptation de ses cohéritiers est-elle *antérieure* à celle qu'il a fait rescinder, l'accroissement est *forcé;* en acceptant avant lui, ils avaient volontairement accepté la chance d'avoir toute l'hérédité, bonne ou mauvaise. Est-elle au contraire *postérieure*, l'accroissement est facultatif. Dans ce dernier cas, en

---

(*a*) L'article 654 est en ces termes :

654. " On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a " renoncé ; si le renonçant est seul héritier de son degré, ou si tous ses " cohéritiers renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent " par tête."

Voy. pour l'explication de cette disposition ce qui a été dit de l'article 624, *supra*, pp. 294 à 297 et 310.

effet, leur acceptation n'a été qu'une suite de celle qu'avait faite leur cohéritier : ils n'ont consenti à prendre à leur risque le fardeau de la succsssion, que parce qu'ils comptaient n'être pas seuls à le porter. Qu'on ne dise pas qu'ils ont dû prévoir que l'héritier qui avait accepté avant eux pourrait faire rescinder son acceptation et répudier ensuite : la rescision d'une acceptation est un fait si rare qu'il n'a pas dû entrer dans leurs prévisions. — Il y a donc un cas où la part du renonçant n'accroît pas à ses cohéritiers. On la considère alors comme vacante (1).

§ V. — *Du droit qu'a le renonçant de revenir sur sa renonciation.*

[[Notre article 657 se lit comme il suit :

657. " L'héritier qui a répudié une succession peut, nonobs-" tant, la reprendre tant qu'elle n'est pas acceptée par un " autre y ayant droit ; mais il la reprend dans l'état où elle se " trouve alors et sans préjudice aux droits acquis par des " tiers sur les biens de cette succession par prescription ou par " actes valablement faits pendant qu'elle a été vacante (*a*)."]]

---

(1) MM. Dur., t. 6, n° 464 ; Dem., t. 3, n° 106 *bis*, II.—Suivant Toullier t. 4, n° 336, et M. Villequez (*Rev. de droit franc. et étrang.*), t. 7, l'accroissement est, *dans tous les cas, facultatif.*—MM. Duvergier *sur Toull.*, (t. 4, n° 336, note 3) ; Marc., art. 783 ; Aubry et Rau (t. 6, §§ 609, note 10, et 611, note 16) ; Demol., (t. 14, n° 566) ; Hureaux (*Rev. prat.*, t. 17, p. 180), et Laurent (t. 9, n° 442) ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 177,]] soutiennent, au contraire, qu'il est *toujours forcé.* " Lors, disent-ils, que la succession est dévolue à plusieurs héritiers, chacun d'eux a droit *au tout*, Partant, nul d'entre eux ne la peut accepter pour partie : *hereditas pro parte adiri nequit.* D'où le principe : *coheres, portionem coheredis renunciantis licet invitus acquirit.* Les articles 652 et 653, où ce principe a été consacré, ne distinguent pas : leurs termes sont absolus." [[Cette dernière solution me semble bien plus conforme aux principes juridiques que celle que Mourlon enseigne dans le texte. Comme on le voit c'est le sentiment de la très grande majorité des auteurs et je crois devoir m'y rallier.]]

(*a*) Cet article diffère de l'article 790 du code Napoléon en ce que, dans le droit français moderne, cette faculté ne peut être exercée que tant que la prescription du droit d'accepter n'est pas acquise. L'article 690 de plus dit : "*actes* valablement faits *avec le curateur* à la succession vacante." Notre article dit : "actes valablement faits pendant qu'elle était vacante." Il n'y a pas là une modification et je ne me propose pas de supprimer ces mots dans le texte, car aucun acte ne peut être *valablement* fait par ou contre une succession vacante que par l'entremise du curateur. Je modifierai seulement cette expression afin d'y comprendre les actes faits par le curateur ausi bien qu'avec lui. Enfin remarquons que l'expression

En droit romain, la renonciation une fois faite était irrévocable. Pothier suivait la même règle : "Celui, dit-il, qui répudie une succession perd *absolument* le droit qu'il avait de l'accepter" (*a*). Domat était d'un avis contraire : "La renonciation a cet effet, dit-il, qui celui qui a répudié la succession ne peut plus la reprendre, *si celui qui devait succéder à son défaut s'est mis en sa place...*"

Le code [[Napoléon]] a consacré l'idée de Domat, [[et nos codificateurs ont suivi son exemple (*b*) :]] l'héritier qui répudie la succession peut la reprendre en l'acceptant. Mais cette faculté est subordonnée,[[dans notre droit, à une condition (*c*) :]] il faut que la succession n'ait été acceptée par aucun autre successeur (légitime ou irrégulier), soit *avant*, [[il y a toutefois controverse sur ce point, voy. *supra*, p. 377]] soit *depuis* la répudiation qu'en a faite celui qui se propose actuellement de l'accepter. Si le renonçant pouvait dépouiller ceux qui ont profité de sa renonciation et qui, par leur acceptation, ont consolidé dans leurs personnes le droit qu'il a abandonné, cette faculté serait préjudiciable à l'intérêt public, car elle jetterait l'incertitude dans la propriété des biens.

L'héritier qui accepte une succession qu'il avait répudiée doit respecter " les droits acquis à des tiers sur les biens du défunt,

---

de notre article "*un autre y ayant droit*" est plus générale que les mots "*autres héritiers*" dont se sert le code Napoléon et auxquels, du reste, on donne la même extension.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 179, trouve la doctrine de Pothier plus juridique. La renonciation du successible, dit-il, le dessaisit et saisit l'héritier appelé à son défaut. Permettre au premier de revenir sur sa renonciation, c'est l'autoriser à s'emparer d'un droit dont il s'est dessaisi et dont un autre est saisi à sa place. Tout ce qu'on peut dire, ajoute-t-il, pour justifier cette disposition qui a été principalement admise en vue de diminuer les chances de vacances des successions, c'est que la loi qui donne la saisine à l'héritier appelé au lieu et place du renonçant, avait bien le droit de ne la lui donner que sous la condition résolutoire qu'elle sera censée non avenue, si le renonçant revient sur sa détermination *integris rebus*. Cet auteur reconnait la justesse de ce qu'on a dit de cette disposition, qu'elle présente la singularité qu'entre le renonçant et celui qui est appelé à son défaut, la succession appartient au premier occupant.

(*b*) Ils avaient du reste accueilli le même principe dans l'article 302 qui porte que dans le cas où la succession répudiée au nom d'un mineur n'a pas été acceptée par un autre, elle peut être reprise, soit par le tuteur avec une nouvelle autorisation, soit par le mineur devenu majeur.

(*c*) Il y a une autre condition dans le droit français moderne, c'est que la faculté d accepter ne soit pas prescrite. Comme je l'ai dit, cette faculté est imprescriptible dans notre droit.

soit par actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante, soit par prescription."

Soit par *actes valablement faits* [[*par ou*]] *avec le curateur...* Lorsque la succession a été répudiée par l'héritier, [[dit Mourlon,]] la saisine n'est plus nulle part : elle n'appartient ni à l'héritier qui a renoncé, ni au parent que la loi appelle à son défaut. Autrement, il faudrait dire, ce qui serait peu rationnel assurément, qu'ils sont saisis tous les deux (puisque la loi leur donne à l'un et à l'autre le droit d'accepter la succession), et que chacun a la faculté d'enlever à l'autre les biens dont il est investi. — La succession répudiée par l'héritier saisi est donc vacante, et dès lors il y a lieu à la nomination d'un curateur (art. 684 et 685). Ce curateur représente la succession, il en est l'administrateur : il peut, à ce titre, faire non seulement des actes d'administration, tels que des baux de neuf ans, mais encore se faire autoriser par la justice à aliéner les meubles qui se détériorent facilement, et même les meubles quels qu'ils soient, ou des immeubles, quand ces aliénations sont nécessaires, par exemple, lorsqu'il importe de se procurer de l'argent pour payer les créanciers (art. 1335 C. P. C.). Le curateur peut également figurer, soit comme demandeur, soit comme défendeur, dans les procès qui intéressent la succession. L'héritier renonçant qui se décide à l'accepter la reçoit telle que le curateur l'a faite en agissant dans la limite de ses pouvoirs.

[[Mais est-ce bien là la véritable doctrine ? Est-il exact de dire que quand l'héritier appelé en premier lieu a renoncé, la saisine n'est nulle part et que dès lors la succession est vacante ? La question est délicate. L'article 607 dit que les héritiers légitimes lorsqu'ils succèdent sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt. Cela, cependant, ne s'entend que des héritiers les plus proches dans l'ordre des successions, car en principe, et sauf les cas où la fente est admise, le successible le plus proche du défunt exclut ceux qui sont plus éloignés, et prend toute la succession. Ainsi, je n'admettrais pas la saisine collective de tous les successibles, sauf la priorité des plus proches (*a*). Jusqu'ici, point de difficulté sérieuse. Mais le successible le plus proche, qui était de plein droit et même à son insu saisi de la succession, renonce. Qu'arrive-t-il alors ? L'article 652 nous répond que l'héritier qui renonce *est censé n'avoir jamais été héritier.* Et l'article 653 ajoute que si cet

(*a*) Cette doctrine a été enseignée, mais elle est rejetée. Voy. MM. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 1er, no 166, et Huc., t. 5, no 31.

héritier est seul, *la succession est dévolue pour le tout au degré subséquent.* Soit donc une succession dont les successibles sont *Primus* au premier degré et *Secundus* au second. *Primus* renonce ; alors, il semble bien clair, aux termes des articles 652 et 653, que *Primus* étant censé n'avoir jamais été héritier, tout se passera comme si *Secundus* se fût trouvé le plus proche héritier à la mort du *de cujus.* Donc, *Secundus* sera saisi à la place de *Primus.* Mais, objecte-t-on : *Primus*, avant l'acceptation de *Secundus*, peut revenir sur sa renonciation et accepter la succession, comme l'article 657 lui en reconnaît le droit, et les effets de son acceptation remonteront au jour de l'ouverture de la succession (art. 644). Qui alors est censé avoir été saisi ? *Primus* évidemment, et il l'aura été, par suite de la rétroactivité de son acceptation, au moment même où, suivant l'opinion contraire, *Secundus* avait la saisine de la succession. Il y aurait donc collectivité de la saisine quant à ces deux successibles. A cela on peut répondre que la saisine de *Secundus*, après la renonciation de *Primus*, n'est pas absolue ; elle est soumise à la condition résolutoire de l'acceptation de *Primus* avant que *Secundus* ait lui-même accepté la succession. Si cette condition s'accomplit, la saisine de *Sceundus* sera censée n'avoir jamais existé. Donc, il n'y a pas saisine collective, il y a saisine successive, sauf la résolubilité de la saisine acquise par le successible plus éloigné à la renonciation du successible plus proche. D'ailleurs, il est de principe que la propriété des biens ne peut rester en suspens, et à la renonciation d'un successible, la propriété des biens doit passer au successible du degré suivant, contre lequel les créanciers de la succession se pourvoiront. Il est vrai que dans le système contraire on enseigne que la succession est vacante lorsque le premier appelé a renoncé (*a*), de sorte que le curateur prendra possession des biens, et répondra aux demandes des créanciers, mais le fait que la succession puisse alors être traitée comme vacante, me paraît être sans effet sur la saisine ; le législateur n'a voulu qu'éviter aux créanciers de la succession l'ennui d'avoir à s'adresser successivement à tous les successibles (art. 684 C. C. et 1327 C. P. C.) (*b*).

(*a*) Comme je le dirai plus loin nos textes permettent d'accueillir cette doctrine.

(*b*) La plupart des auteurs, en France, admettent que la vacance de la succession peut être demandée aussitôt que le successible le plus proche

Je crois donc que la saisine, à la renonciation du premier appelé, appartient au successible suivant, sauf toutefois la résolution de cette saisine par l'acceptation du premier avant l'acceptation du second (*a*).]]

Soit par *prescription*... La loi fait ici l'application d'une règle générale, savoir, que la prescription court contre une succession vacante, soit qu'elle ait un curateur, soit qu'elle n'en ait point (art. 2237). La succession, s'est-elle dit, a été ou n'a pas été pourvue d'un curateur. Au premier cas, un défenseur est placé près d'elle pour la défendre contre les empiètements des tiers : sous quel prétexte dès lors suspendre à son profit le cours des prescriptions auxquelles elle est exposée ? Si le représentant qui la doit protéger néglige son devoir, s'il laisse accomplir contre elle les prescriptions qu'il devrait empêcher ou interrompre, l'héritier qui plus tard l'acceptera aura son recours contre lui ! — Au deuxième cas, il ne serait pas juste que les débiteurs de la succession, et les tiers qui possèdent des biens dont elle a la propriété, fussent privés du bénéfice du droit commun, parce qu'il a plu au successible qui y était appelé de la répudier, et parce que ses créanciers ont négligé de placer près d'elle un représentant pour la défendre.

Les règles que nous venons d'exposer s'appliquent, *sauf une seule*, à l'héritier mineur qui accepte la succession répudiée par son tuteur dûment autorisé.—*Sauf une seule*... La prescription, en effet, n'aura pas couru contre lui, si plus tard il accepte la succession : car, aux termes de l'article 2232, la prescription ne court pas contre les mineurs. Aussi, l'article 302 ne dit-il pas, comme notre article 657, que les prescriptions acquises à des tiers doivent être respectées par le mineur qui reprend la succession (1).

---

a renoncé. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art 811 C. N., nº 3. Je n'accueillerais pas cette solution si nous n'avions la disposition formelle de l'article 1327 du code de procédure civile. Voy. *infra*, sec. IV, la discussion de cette question.

(*a*) Voy. M. Baudry-Lacontinerie, *Successions*, t. 2, nº 168, et autorités qu'il cite. Voy aussi M. Huc., t. 5, nº 31.

(1) M. Val., *sur Proud.*, t. 2, p. 381. Voy. aussi MM. Dem., t. 3, nº 111 *bis* V ; Hureaux, *Rev. prat.*, t. 17, p. 177 ; Laurent, t. 9, nº 455 ; [[et M. Baudry-Lacantinerie, nº 181.]]—Quelques personnes (notamment M. Demolombe, *Traité de la minorité*, t. 1er, nº 701) soutiennent, au contraire, que le mineur lui-même est obligé de respecter les prescriptions qui ont couru contre la succession pendant qu'elle était vacante. Voici comment elles raisonnent :

La succession ayant été régulièrement répudiée par le tuteur, le mineur

§ VI — *Des droits des créanciers de l'héritier qui a renoncé.*

[[L'article 655 définit ces droits en ces termes :

655. " Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de " leurs droits, peuvent faire rescinder cette renonciation et " ensuite accepter eux-mêmes la succession du chef de leur " débiteur, en son lieu et place.

" Dans ce cas la renonciation n'est annulée qu'en faveur des " créanciers qui l'ont demandé et jusqu'à concurrence seulement " de leurs créances. Elle ne l'est pas au profit de l'héritier " qui a renoncé (*a*).]]

Une distinction est nécessaire :

1° *L'héritier a renoncé, mais la succession n'a encore été acceptée par aucun autre héritier.* — Dans cette hypothèse l'héritier a lui-même le droit d'acquérir la succession en l'acceptant (art. 657) : ses créanciers peuvent donc exercer ce droit de son chef conformément à l'article 1031.

---

a cessé d'être propriétaire des biens qui la composent : rien, par conséquent, n'a pu empêcher les tiers de prescrire contre elle. Il est vrai qu'elle est vacante ; mais la vacance des successions ne fait point obstacle au cours ordinaire de la prescription (art. 2237).

Cet effet de la vacance subsistera évidemment, c'est-à-dire les prescriptions acquises contre la succession seront nécessairement maintenues contre elle, nonobstant la reprise qu'en pourra faire plus tard le mineur, *si cette reprise ne rétroagit point sur le passé.* La question revient donc à celle-ci : L'acceptation d'une succession qu'on a répudiée a-t-elle un effet rétroactif contre les tiers qui ont acquis des droits sur les biens de la succession pendant qu'elle était vacante ? Or, la loi admet formellement la négative : le mineur qui accepte la succession, après qu'elle a été répudiée en son nom, la reprend *dans l'état où elle se trouve au moment où il accepte* (art. 302).

— M. Valette avait fini par se rallier à la doctrine de M. Demolombe. Voy. *Explic. somm.*, p. 258 ; *Cours de code civil*, t. 1er, p. 567 et 568.

— M. Dur., t. 6, n° 488 ; M. Hureaux, *Rev. prat.*, t. 17, p. 532 et suiv.

(*a*) Cet article diffère sous deux points de l'article 788 du code Napoléon : 1° ce dernier article ne parle pas de l'action en rescision de la renonciation, mais veut que les créanciers se fassent autoriser en justice à accepter, tandis que notre article exige l'action en rescision, mais non l'autorisation à accepter ; 2° l'art. 788 porte que la renonciation n'est annulée " qu'en faveur des créanciers," le nôtre qu'elle n'est annulée " qu'en faveur des créanciers *qui l'ont demandé*." Il n'est aucun doute que l'action en rescision de la renonciation est requise en France comme ici ; quant aux créanciers qui profitent de l'annulation, s'il y a doute sous le code Napoléon, il n'y en a aucun ici. Seuls en bénéficient ceux qui se sont portés demandeurs.

2° *La succession répudiée par l'héritier a été acceptée par d'autres.* — Dans cette hypothèse la renonciation est irrévocable quant à l'héritier. La succession qui, par l'effet de la saisine était entrée dans son patrimoine, appartient désormais à ceux qui l'ont acceptée : il ne peut plus les en dépouiller par une acceptation.

Mais la renonciation, qui est irrévocable quant à lui, l'est-elle également à l'égard de ses créanciers ? En principe elle est irrévocable à l'égard de tous : car, lorsqu'un bien sort du patrimoine d'un débiteur, il sort également du gage de ses créanciers. Mais, par exception, il en est différemment lorsque c'est *par fraude* que le débiteur s'est appauvri : "Les créanciers, dit l'article 1032, peuvent, en leur propre nom attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits." Si donc la renonciation a été faite en fraude (1) de leur intérêt, ils peuvent, conformément à cette disposition, l'attaquer, la faire considérer comme non avenue à leur égard, et accepter, en leur nom personnel, la succession que leur débiteur a méchamment abandonnée.

Ce qu'il importe de remarquer, c'est que la renonciation N'EST ANNULÉE QU'EN FAVEUR DES CRÉANCIERS [[QUI L'ONT DEMANDÉ,]] et jusqu'à concurrence seulement de ce qui leur est dû : elle tient donc toujours *à l'égard de l'héritier qui l'a faite* De là, cette conséquence : si, après ses dettes payées, il se trouve encore quelque chose des biens qu'il a répudiés, cet excédent, au lieu de lui faire retour, reste à ceux qui, par suite de sa renonciation, en ont été investis. — Ne faut-il pas aller plus loin ? les cohéritiers du renonçant ne peuvent-ils pas recourir contre lui, à l'effet de répéter ce qui a été payé à ses créanciers ? La négative est généralement admise. On raisonne ainsi : " La renonciation a été annulée jusqu'à concurrence de ce qui était dû aux créanciers du renonçant : le renonçant est, par conséquent, réputé être acceptant dans la personne de ses créanciers : ce sont donc *ses biens* qui ont servi à sa libération : dès lors, il n'a rien à rendre à personne."

---

(1) L'article 655, que nous expliquons, se sert du mot *préjudice*, tandis que l'article 1032 emploie le mot *fraude*. De là, la question suivante : Les créanciers qui attaquent la renonciation doivent-ils prouver : 1° qu'elle a été faite à leur *préjudice* ; 2° que le débiteur a su qu'en la faisant, il nuisait à ses créanciers ? La preuve du *préjudice* suffit-elle ? C'est une question très controverse ; nous l'examinerons sous l'article 1032. [[Une semblable question est posée quant au droit des créanciers de l'usufruitier d'attaquer la renonciation qu'il aurait faite *à leur préjudice* (art. 484) Voy. mon tome 2, p. 636.]]

Je ne crois pas que ce système soit conforme aux principes qui régissent la matière. Les cohéritiers du renonçant peuvent lui dire : " Vos dettes ont été payées, mais avec quels biens ? Avec les nôtres, évidemment ! Car, la renonciation, qui nous a investis des biens que vous avez abandonnés, *n'a pas été annulée dans votre intérêt.* Notre argent a servi a votre libération, il vous a enrichi : vous devez nous le rendre. Autrement, vous profiteriez de la rescision de votre renonciation, et l'article 665 serait violé, puisqu'il ne permet cette rescision *qu'en faveur de vos créanciers*" (1).

Ce n'est pas seulement la *renonciation* qui peut être annulée quand elle est frauduleuse ; il en est de même de l'*acceptation.* Les créanciers peuvent, en effet, attaquer *tout acte* fait par leur débiteur en fraude de leurs droits Tel est le droit commun (art. 1032). Si la loi en fait expressément l'application aux *renonciations* frauduleuses, tandis qu'elle ne dit rien de l'*acceptation,* c'est uniquement parce qu'elle a voulu prévenir un doute que l'autorité historique eût rendu possible quant à la *renonciation,* doute qui ne pouvait exister quant à l'*acceptation.* Le droit romain permettait aux créanciers d'attaquer les actes que leur débiteur avait faits en fraude de leurs droits, lorsque, par ces actes, il avait *diminué son patrimoine ;* ceux par lesquels il avait seulement négligé de l'*augmenter* étaient *irrévocables, quoique* frauduleux. L'acceptation d'une succession qui comptait plus de dettes que de biens *diminuait* le patrimoine de l'héritier ! ses créanciers pouvaient donc l'attaquer quand elle était faite en fraude de leurs droits. La répudiation d'une succession avantageuse était un acte par lequel l'héritier manquait d'*augmenter* son patrimoine : elle était, par conséquent, irrévocable, quoique frauduleuse (2). Cette distinction, fort subtile d'ailleurs, n'est plus possible sous l'empire de notre code : car, tout héritier étant de plein droit investi des biens du défunt, la renonciation est une *aliénation,* un acte par lequel l'héritier diminue son patrimoine (3).

---

(1) Toullier, t. 4, n° 349 ; MM. Aubry et Rau, t. 6, § 613, p. 418, note 44. [[Voy, aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 183.]] *Contra,* MM. Duc., Bonn. et Roust., t. 2, n° 589 ; Dem., t. 3, n° 108, *bis* V ; Demol., t. 15, n° 89 ; Laurent, t. 9, n° 479. " Si, disent ces derniers auteurs, la part du renonçant profite à ses créanciers plutôt qu'à ses cohéritiers, ce n'est point par sa volonté ; c'est la loi qui en dispose, et dès lors il ne doit aucune garantie à ses héritiers,

(2) Ulpien, L. 6, § 2, D.. *Quæ in fraudem credit.* (XLII, VIII).

(3) Il en était déjà ainsi dans notre ancien droit. Vo . Pothier, *Successions,* chap. III, sect. III, art. 1er, § 3.

[[Quelle est la position juridique des creanciers qui acceptent .a succession du chef de leur débiteur ? Il est évident qu'ils ne sont pas héritiers ; ils ne font qu'exercer dans la succession, et jusqu'à concurrence de ce qui leur est dû, les droits que leur débiteur aurait eus, s'il n'eût pas renoncé. Il s'ensuit :

1° Qu'ils n'encourent aucune responsabilité personnelle pour les dettes de la succession, mais il me paraît clair que ces dettes sont préférables à leurs créances sans séparation de patrimoines, car ils ne peuvent toucher l'actif que déduction faite du passif et il n'y a aucune confusion de patrimoines ;

2° Ils n'ont pas le droit de prendre les biens de la succession en nature, ils ne peuvent que les saisir et faire vendre. Si leur débiteur n'était appelé à la succession que pour partie, ils ils peuvent provoquer le partage afin de faire déterminer sa part ;

3° Les héritiers appelés à défaut du débiteur renonçant peuvent écarter les créanciers en les désintéressant de leurs créances (*a*).

Plusieurs auteurs, en France, enseignent que les créanciers d'un héritier qui s'abstient sans renoncer formellement, peuvent, de même que les créanciers de celui qui renonce, demander à accepter la succession en son nom (*b*).]]

§ VII. — *Des exceptions à l'irrévocabilité de la renonciation.*

En principe, la renonciation est irrévocable. Toutefois elle peut être rescindée :

1° Lorsque la succession répudiée n'a encore été acceptée par personne (voy. l'explic. de l'art. 657) ;

2° Lorsqu'elle est faite au préjudice des créanciers (voy. l'explic. de l'art. 655) ;

3° Lorsqu'elle est le résultat d'un dol ou d'une violence.

Mais elle n'est pas rescindable pour cause d'erreur ou de lésion : car, sous l'empire du code, la lésion n'est une cause de rescision que dans les cas spéciaux déterminés par la loi, et aucun texte n'autorise l'annulation de la répudiation sous

---

(*a*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 183.

(*b*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 788, n° 5, où les opinions dissidentes sont également indiquées. Il me paraîtrait plus simple, pour les créanciers, de poursuivre le successible en qualité d'héritier, ce qui le forcerait à prendre parti.

prétexte qu'un héritier s'est trompé sur le *quantum* de la succession (*a*).

4° [[Lorsqu'elle est faite par un incapable, par exemple par un tuteur non autorisé.]]

§ VIII. — *Des peines portées contre l'héritier qui a diverti ou recélé des effets de la succession.*

[[L'article 659 énonce la déchéance qu'encourt l'héritier du droit de renoncer, pour cause de divertissement et recel, en ces termes :

659. " L'héritier qui a diverti ou recélé des effets de la suc-
" cession est déchu de la faculté d'y renoncer ; il demeure
" héritier pur et simple nonobstant sa renonciation subséquente,
" sans pouvoir prétendre aucune part dans les objets divertis
" ou recélés " (*b*).]]

Il y a *divertissement* ou *détournement*, lorsque l'héritier soustrait des objets héréditaires pour se les approprier ; *recel*, lorsqu'il reçoit chez lui, et afin de faciliter une soustraction, les objets qu'un tiers a détourné de la succession.

(*a*) Toutefois, si on répudie la succession de *Primus* croyant erronément répudier celle de *Secundus*, cette renonciation pourrait être annulée à raison de l'erreur qui la vicie. Voy. une solution semblable quant à l'acceptation, *supra*, p. 396. Voy. aussi, dans ce sens, MM. Aubry & Rau, t, 6, § 613, p. 415.

(*b*) C'est en substance la copie de l'article 792 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne contient pas le mot " subséquente " qui qualifie, dans notre article, le mot " renonciation." Ce mot a été ajouté à dessein dans notre article. Les codificateurs expliquent que la punition imposée au recéleur " n'a lieu que lorsque le recélé a été fait avant la renonciation ;
" celui qui serait fait après n'aurait pas le même effet. C'est aux fins
" d'établir cette distinction que l'on a ajouté le mot *subséquente* qui ne
" se trouve pas dans l'article 792, critiqué comme contenant une lacune
" sous ce rapport."

Donc, si l'héritier a renoncé et que personne n'ait encore accepté la succession, le divertissement ou le recel qu'il fait d'effets de la succession, n'affectera pas sa renonciation, et nonobstant ce recel ou ce divertissement il pourra accepter sous bénéfice d'inventaire. Il y a là pour lui, peut-être, un mode d'éluder la prohibition de la loi, mais notre texte est formel et l'intention des codificateurs n'est pas équivoque ; c'est une disposition pénale qu'il n'est pas permis d'étendre. En vue de cette différence entre notre article et l'article 792 C. N., j'aurai à modifier le texte de Mourlon qui enseigne avec les auteurs que si l'héritier a renoncé et que la succession n'ait pas été acceptée par d'autres, la peine est encourue.

On peut comparer notre article avec l'article 670 qui, au cas de recel ou de divertissement, fait déchoir l'héritier du bénéfice d'inventaire.

Quant aux conséquences du détournement ou du recel, une distinction est nécessaire :

1er CAS. *L'héritier n'a pris aucun parti.* — Dans cette hypothèse l'héritier qui détourne ou recèle des effets de la succession encourt une double peine :

1° Il est déchu du droit de renoncer ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire : la loi le constitue irrévocablement héritier pur et simple. Nous trouvons là une exception au principe que nul n'est héritier qui ne veut.

2° Il est, en outre, privé de sa part dans les objets détournés ou recélés. Ainsi les choses qu'il voulait avoir à lui seul appartiennent exclusivement à ceux qu'il a voulu dépouiller. — Toutefois, s'il n'a pas de *cohéritiers*, les objets détournés ou recelés ne passent pas aux parents qui seraient héritiers à son défaut : l'article 659 ne prévoit pas cet hypothèse, et, en matière de peine, on ne raisonne pas par analogie (1).

On s'est demandé si la successible *mineur* qui a détourné ou recelé des effets de la succession doit, quand il est reconnu *doli capax*, être déclaré héritier pur et simple, et déchu de sa part dans les objets détournés ou recelés.

Quant à la deuxième peine, il doit évidemment la subir : car, aux termes de l'article 1007, le mineur est, relativement à ses délits ou quasi-délits, assimilés à un majeur. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais doit-il être déclaré héritier pur et simple ? La négative est généralement admise. La succession dévolue à un mineur ne peut, dit-on, être acceptée que sous bénéfice d'inventaire ; or, le mineur ne peut pas obtenir, par un délit, une condition que la loi ne lui permet pas d'avoir."

Cette distinction ne me semble pas rationnelle. Le mineur ne peut pas aliéner ses biens, et cependant la loi le dépouille de sa part dans les objets détournés ou recélés : s'il en est ainsi, n'est-ce pas parce que le mineur *doli capax* est, quant à ses délits, assimilés à un *majeur ?* Or, s'il encourt cette peine, pourquoi ne pas lui appliquer l'autre ? On ne peut pas, sans être inconséquent, lui infliger une punition d'un côté et le protéger de l'autre. Est-il excusable, inexpérimenté, la loi lui doit protection pleine et entière : donc aucune peine. Est-il *doli capax*, la loi l'assimile à un majeur : donc il faut le punir comme un majeur et lui appliquer l'une et l'autre peine.

---

(1) Dem., t. 3, no 113 *bis*, III ; M. Laurent, t. 9, n° 345 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 186.]]

Lorsque l'acceptation est facultative, lorsqu'existe le droit d'opter entre l'acceptation et la répudiation, la loi veut que l'acceptation, si on choisit ce parti, soit faite sous bénéfice d'inventaire : c'est une faveur qu'elle accorde au mineur. Mais, dans l'espèce, il ne s'agit plus d'un choix à faire, *d'une faveur* : il s'agit *d'une punition !* Dès lors, les règles qui régissent l'option entre les partis à prendre cessent d'être applicables.—N'en est-il point de même de l'aliénation des biens ? Elle ne peut être faite, lorsqu'elle est volontaire, que sous certaines conditions protectrices des intérêts de l'enfant ; mais, lorsqu'il commet un délit, la loi le dépouille, à titre de peine, de cette propriété même qu'elle prend soin de lui conserver dans les cas ordinaires.—Enfin, qu'a voulu la loi ? Protéger les créanciers contre les détournements de leur gage ; or, si le mineur qui est *doli capax* n'a point de *cohéritiers* (on sait que dans cette hypothèse l'héritier conserve la propriété des biens détournés), où sera la garantie des créanciers ? Voici un objet de grande valeur, se dira-t-il, des billets de banque, des titres au porteur ; mettons-les de côté. Qu'ai-je à craindre ? Rien absolument (1) !

2° CAS. *L'héritier a renoncé, et la succession a été acceptée par d'autres héritiers.*—Dans cette hypothèse, le renonçant qui détourne ou recèle des objets de la succession commet, non plus simplement un délit civil, mais un délit criminel, c'est-à-dire suivant les cas, un vol, un recel ou un abus de confiance. Il ne peut alors ni être constitué héritier pur et simple, puisque la succession appartient à d'autres qui ne peuvent pas en être dépouillés ; ni se voir privé de sa part dans les objets détournés ou recelés, puisqu'il n'y avait aucun droit. Il sera traité comme le serait un étranger : car, en fait et en droit, il est

---

(1) MM. Delvincourt, art. 792 ; Dem., t. 3, n° 113 *bis ;* Troplong, *Du contr. de mar.*, t. 3, n° 1567 ; Odier, t. 1, n° 416 ; Laurent, t. 9, n° 338.—*Contra*, MM. Marc., art. 792 ; Aubry et Rau, t. 6, § 612, p. 404 et suiv., note 26 ; Rodière et Pont, t. 1er, n° 816 ; Demol., t. 14, n° 336.

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 186) se prononce dans le même sens que Mourlon. Il fait observer que " la loi ne dit pas nulle part, comme le " lui font dire ceux qui soutiennent l'opinion contraire, qu'un mineur ne " peut pas être héritier pur et simple ; elle dit seulement, ce qui est tout " à fait différent, qu'il ne peut pas *accepter* purement et simplement " (voy. l'art. 301) ; or il ne s'agit pas ici d'une acceptation, mais bien " d'une peine infligée par la loi, et le mineur doit la subir comme le " majeur, sauf à examiner s'il n'a pas agi par faiblesse ou inexpérience " plutôt que par dol ; car il ne faut pas oublier que c'est seulement la " mauvaise foi que la loi entend punir."]]

étranger à la succession. Ainsi, il sera passible des peines qu'entraîne le *vol*, le *recel* ou l'*abus de confiance* (*a*).

[[Quelques remarques complèteront l'explication qui vient d'être donnée de l'article 659.

La loi ne considère pas le recel ou le divertissement comme constituant une acceptation tacite. " Les faits, dont il s'agit ", fait remarquer Demante, (cité par M. Baudry-Lacantinerie, nº 186), " bien que commis dans l'intention de s'approprier la " chose ainsi divertie ou recélée, ne constituent pas un acte d'hé- " ritier. Car loin de supposer nécessairement l'intention d'ac- " cepter, ils supposent bien plutôt l'intention toute contraire, " c'est-à-dire celle de s'emparer sans droit des biens de la " succession."

Il en résulte, outre le cas du mineur expliqué plus haut, que la disposition de l'article 659 s'appliquerait à une femme mariée, quoique le recel ou le divertissement ait eu lieu sans l'autorisation ou le concours de son mari, car bien que cette autorisation soit requise pour l'acceptation de la succession par la femme, elle ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée par la femme à raison d'un délit commis par elle. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 186, qui cite un arrêt conforme de la cour de cassation du 10 avril 1877, Dalloz, 1877. 1. 347 ; Sirey, 1877. 1. 248.

C'est aux tribunaux à déterminer si l'espèce qui leur est soumise, constitue divertissement ou recel. La cour de cassation juge maintenant, en principe, que " toute fraude commise " sciemment, qui a pour but de rompre l'égalité du partage, " constitue un divertissement ou un recélé... quels que soient " les moyens employés pour y parvenir." Ainsi, l'héritier a fait usage d'une pièce fausse (un faux testament) pour s'approprier, en tout ou partie, la succession au préjudice de ses cohéritiers. Voy. Cassation, 15 avril 1890, Sirey, 1880. 1. 248 ; Dalloz, 1890. 1. 437. J'emprunte cette analyse de le jurisprudence française à M. Baudry-Lacantinerie (nº 187) qui ajoute que " le divertissement ou le recelé peut même résulter du " simple silence que l'héritier garde de mauvaise foi sur l'exis- " tence d'un effet de la succession qui se trouve entre ses mains. " Mais la fraude est un élément essentiel du divertissement ou " du recelé. Elle peut d'ailleurs, être établie par tous les

---

(*a*) Remarquons, en outre, que ce cas est en dehors des termes de l'article 659, car la renonciation est alors *antérieure* au recel ou divertissement.

" moyens de preuve, même par présomptions (Cassation, 13 " mai 1889, Sirey, 1890. 1. 12 ; Dalloz, 1890. 1. 173). C'est le " droit commun en matière de fraude. Il est de jurisprudence " constante que le récéleur peut échapper à la peine du recel " en rapportant les objets divertis avant toute poursuite."

Toute personne intéressée peut invoquer contre l'héritier l'application des peines décrétées par l'article 659, ses cohéritiers ou ses créanciers, et quand ceux-ci agissent, ils peuvent faire perdre aux autres héritiers le bénéfice de l'acceptation qu'ils ont faite à la suite de la renonciation de l'héritier coupable de divertissement ou de recel. C'est l'application de l'article 655.

Il n'y a que deux arrêts à citer sur la disposition de l'article 659. Le premier est une décision rendue par la cour d'appel dans une cause de *Orr & Fisher* (6 L. C. R., p. 28) ; on y a condamné comme héritier un successible qui, après le décès du *de cujus*, s'était emparé d'un chèque que ce dernier avait laissé dans sa succession, en avait perçu le montant et après cet acte avait renoncé à la succession. Un curateur fut nommé à la succession vacante et le successible lui déclara qu'il avait gardé le montant du chèque en accompte d'une créance qu'il avait contre la succession. La cour d'appel, dans ces circonstances, jugea que la renonciation était non avenue et infirma le jugement de la cour supérieure (M. C. R., p. 106) qui avait envisagé le fait de garder le chèque comme un acte qui pouvait être blamable, mais non pas comme un acte d'héritier.

Le second arrêt a été rendu par feu le juge Mackay, dans la cause de *Ackerman* v. *Gauthier* (4 R. L., p. 224). Il y a jugé que la renonciation faite par la femme à la succession testamentaire de son mari, ne sera pas affectée par le fait que, comme exécutrice du testament de son mari, elle aurait reçue une somme d'argent qu'elle se serait appropriée en déduction de son douaire préfix. Il est à présumer que si la femme n'eût pas été exécutrice du testament de son mari, elle aurait été condamnée comme héritière pure et simple.]]

SECTION III. — [[DES FORMALITÉS DE L'ACCEPTATION]], DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, DE SES EFFETS ET DES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE.

Le bénéfice d'inventaire est une faveur de la loi en vertu de laquelle l'héritier ne confond ni ses biens, ni ses dettes avec les biens et les dettes du défunt (art. 671). Par l'effet

du bénéfice d'inventaire, le défunt étant réputé vivant, tout se passe comme s'il vivait encore : il est représenté par sa succession, abstraction faite de l'héritier (1).

[[Sous l'ancien régime en France, disent les codificateurs, on ne pouvait accepter sous bénéfice d'inventaire, qu'après avoir obtenu du roi des lettres patentes qui, adressées au tribunal de l'ouverture de la succession, y étaient enregistrées et autorisaient l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Cependant, il est permis de croire qu'on n'avait pas recours à ces lettres patentes en ce pays, car on trouve aux *Edits et Ordonnances*, t. 2, p. 103, un arrêt du conseil supérieur de Québec permettant, " sous le bon plaisir du roi, et attendu qu'il n'y a point de " chancellerie en ce pays," l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. Quoi qu'il en soit, l'acte provincial, 34 Geo. III, ch. 6, a conféré à nos tribunaux des pouvoirs suffisants pour leur permettre d'accorder, sans aucune autorisation du souverain, le bénéfice d'inventaire. Il a toujours été de pratique ici de présenter une requête au tribunal ou au juge demandant à être admis à accepter sous bénéfice d'inventaire. Le code Napoléon (art. 793) se contente d'une déclaration de l'héritier au greffe du tribunal qu'il entend prendre la qualité d'héritier bénéficiaire.]]

§ I.—*Des conditions requises pour la validité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.*

L'héritier doit :

[[1° *Demander par requête à la cour supérieure du district de l'ouverture de la succession ou à l'un des juges l'autorisation de ne prendre qualité d'héritier que sous bénéfice d'inventaire.*]] Ainsi, à la différence de l'acceptation pure et simple, qui peut être expresse ou tacite, l'acceptation bénéficiaire, à l'exemple de la renonciation, est toujours faite expressément et dans une forme propre à la porter promptement à la connaissance des tiers. Il importe, en effet, que les créanciers en soient promptement avertis, afin qu'ils puissent prendre des mesures conservatoires,—par exemple, requérir l'apposition des scellés, exiger une caution, etc.

[[Notre article 660 exige cette requête en ces termes :

660. " Pour être admis au bénéfice d'inventaire, l'héritier est tenu d'en faire la demande par requête présentée au

---

(1) Bug. *sur Poth.*, *Introd. au Titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, n° 49.

" tribunal ou à un des juges du tribunal supérieur de première " instance du district où la succession s'est ouverte ; sur cette " demande il est procédé et statué en la manière et avec les " formalités réglées au code de procédure civile " (*a*).

L'article 1321 du code de procédure civile est au même effet. Il porte que " le bénéfice d'inventaire n'est accordé que " sur requête au tribunal ou au juge exposant qu'il doit être " procédé ou qu'il a été procédé à un inventaire des biens de " la succession, que le requérant n'a pas fait acte d'héritier et " croit de son intérêt de ne pas confondre ses droits avec les " obligations de la succession."

Et l'article 1323 du même code ajoute que " le bénéfice " d'inventaire n'est accordée qu'à la condition de rendre compte " et de payer à qui de droit les deniers perçus."

2° *Faire enregistrer la sentence permettant l'acceptation sous bénéfice d'inventaire* L'article 661 du code civil porte que " la sentence accordant la demande doit être enregistrée " dans le bureau d'enregistrement du lieu de l'ouverture de " la succession." Cette publicité tient lieu, dans notre droit, de l'inscription sur le registre des actes de renonciation exigée par l'article 793 du code Napoléon. On peut rapprocher cet article de l'article 2126 de notre code civil quant à l'enregistrement de la renonciation.]]

3° *Faire confectionner un inventaire* (art. 1304 et suiv., C. P. C.). — Cet inventaire, qui peut *précéder* ou *suivre* la [[requête au tribunal ou au juge,]] est, tout à la fois : pour l'héritier, un moyen de reconnaître les forces de la succession ; pour les créanciers et les légataires, une garantie, puisqu'il constitue l'héritier comptable des biens dont il constate l'existence.

[[L'article 662 du code civil énonce cette obligation de faire inventaire en ces termes :

662. " Cette demande doit être précédée ou suivie d'un " inventaire fidèle et exact des biens de la succession, fait par " devant notaires, dans les formes et sous les délais réglés par " les lois sur la procédure."

Cet article reproduit en substance la disposition de l'article 794 du code Napoléon. Ce dernier article est cependant plus exact en disant que l'inventaire doit être fait " dans les délais

(*a*) Cet article diffère entièrement de l'article 793 du code Napoléon qui n'exige que la déclaration de l'héritier au greffe du tribunal qu'il entend prendre qualité sous bénéfice d'inventaire, déclaration qui doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation.

qui seront ci-après déterminées." En effet, nos lois sur la procédure ne règlent pas ces délais, lesquels, au contraire, sont déterminés par les articles suivants de cette section du code civil.]]

L'inventaire doit être *fidèle* et *exact*. S'il est infidèle, l'héritier coupable est alors, conformément aux articles 659 et 670, constitué héritier pur et simple, et privé de sa part dans les objets qu'il a tenus cachés. S'il est *fidèle* quoique *inexact*, l'héritier n'encourt aucune déchéance ; mis il doit, aussitôt qu'il découvre de nouveaux biens, les faire porter sur l'inventaire.

La loi n'exige point qu'il fasse dresser un état des immeubles. Il n'est pas même tenu de faire apposer les scellés (art. 681, arg. tiré de ces mots : *s'il en a été apposé*) ; [[même ces scellés ne peuvent être apposés lorsque l'inventaire a été fait (art. 1279 C. P. C.). Dans les cas où ils peuvent l'être, ceux qui peuvent prétendre droit à la succession, les créanciers ou l'exécuteur testamentaire, ont le droit d'en requérir l'apposition (art. 1281 C. P. C.).

La déchéance de l'héritier par suite de son recel ou de l'infidélité de son inventaire est énoncée par l'article 670, copie textuelle de l'article 801 du code Napoléon, et qui se lit comme il suit :

670. " L'héritier qui s'est rendu coupable de recélé ou qui a " omis sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'in- " ventaire des effets de la succession, est déchu du bénéfice " d'inventaire."

Dans la cause de *Shaw* v. *Cooper* (6 L. C. J., p. 38), le juge Monk a condamné un héritier, qui avait omis de comprendre, dans l'inventaire des effets d'une succession, deux dettes qu'il devait à cette succession, à les ajouter à l'inventaire, mais il ne l'a pas privé du bénéfice d'inventaire, vu qu'il n'y avait pas de preuve de fraude. Voy. au surplus l'explication de l'article 659, *supra*, pp. 426 et suiv.]]

§ II.—*Des délais accordés à l'héritier pour délibérer.*

L'héritier ayant le choix entre trois partis, et chacun de ces partis étant, suivant les cas, tantôt plus, tantôt moins favorables que les deux autres, la loi lui accorde des délais suffisants pour se renseigner et pour délibérer en connaissance de cause.

Ces délais sont de deux sortes : *légaux* ou *judiciaires*.

1° *Délais légaux*.—L'héritier a, d'une part, *pour faire l'in-*

ventaire, trois mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession ; d'autre part, *pour délibérer*, quarante jours, à compter du jour de l'expiration des trois mois, et, si l'inventaire a été terminé avant l'expiration de ce délai, à compter de la clôture de l'inventaire (*a*). — Si l'héritier n'a point terminé ou même s'il n'a point commencé l'inventaire dans les trois mois, il pourra le terminer ou le commencer dans les quarante jours accordés pour délibérer ; il ne peut, en effet, être contraint de prendre qualité qu'après l'expiration des délais pour faire inventaire *et délibérer* (1) — Remarquons qu'en ce qui touche les parents du degré subséquent, appelés, par suite d'une renonciation, les délais pour faire l'inventaire courent à compter, non plus du jour de l'ouverture de la succession, mais du jour où ils ont connu la renonciation du parent qui les excluait. Si ce dernier a renoncé après avoir fait inventaire, ils auront, pour délibérer, quarante jours à compter du jour où le fait de la renonciation leur aura été révélé (2).

2° *Délais judiciaires.* — L'article 667 permet aux juges de proroger, soit le délai de trois mois, soit le délai de quarante jours. Il ne limite ni l'étendue des délais qu'ils peuvent concéder, ni les cas dans lesquels il y a lieu de les accorder. La loi s'en rapporte, à cet égard, à la prudence des juges, qui se décideront d'après les circonstances.

[[C'est la disposition de l'article 667, copié textuellement sur l'article 798 du code Napoléon, et qui est en ces termes :—

667. " Après l'expiration des délais ci-dessus, l'héritier, en " cas de poursuite dirigée contre lui, peut demander un nou- " veau délai que le tribunal saisi de la contestation accorde ou " refuse suivant les circonstances."

---

(1) MM. Dem., t. 3, n° 118 *bis ;* Aubry et Rau, t. 6, § 614, p. 422 ; Demol., t. 14, n° 266 *bis.*

(2) MM. Dur., t. 6, n° 470, et Demol., t. 14, n° 269.—Suivant MM. Aubry et Rau, (t. 6, § 614, p. 426), les délais légaux courent *dès le jour de la renonciation*, sauf à l'héritier à demander au juge une prolongation. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 191, se prononce également dans ce sens, et cette solution me paraît très juridique.]] Voy. aussi M. Laurent, t. 9, n° 270.

(*a*) L'article 664, copie textuelle de l'article 795 du code Napoléon, se lit comme il suit :—

664. " L'héritier a trois mois pour faire inventaire à compter de l'ou- " verture de la succession.

" Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sa renonciation, " un délai de quarante jours qui commence à courir du jour de l'expira- " tion des trois mois donnés pour l'inventaire, ou du jour de la clôture " de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois."

S'il s'agit d'une succession transmise par un successible décédé sans avoir pris parti, l'héritier de ce successible aura un nouveau délai de trois mois et quarante jours ; en effet, il ne peut opter sur la succession transmise sans accepter tacitement la succession du transmettant. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 191 Il me paraît indifférent, dans ce cas, que le successible ait ou non fait inventaire, puisque son héritier ne peut être forcé à prendre qualité comme tel avant l'expiration des délais ordinaires, et il s'agit dans ce cas d'opter sur la succession du transmettant.

Le même auteur (n° 194) enseigne que le successible peut obtenir un nouveau délai, alors même qu'il ne justifierait pas rigoureusement de l'insuffisance du délai légal. Nous n'avons pas, en notre droit, à repousser l'argument qu'on tire, en France, des termes de l'article 174 du code de procédure français.]]

§ III. — *De la condition de l'héritier pendant les délais légaux ou judiciaires.*

S'il existe dans la succession des objets susceptibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, procéder à la vente de ces objets. Cette vente doit être faite [[publiquement,]] après publications et affiches (art. 1324 C. P. C.) (*a*). — L'héritier peut [[également]] faire des actes d'administration et de conservation des biens, par exemple, poursuivre les débiteurs, afin d'interrompre la prescription. Nous savons, en effet, que les actes de cette nature n'emportent pas acceptation tacite (art. 646, C. C.).

Les créanciers peuvent l'actionner valablement, former contre lui des demandes régulières : car l'héritier qui délibère est le représentant ou le mandataire de la succession. Toutefois, il

---

(*a*) L'article 665 se lit ainsi qu'il suit :

665. " Si cependant il existe dans la succession des objets susceptibles " de dépérir, ou dispendieux à conserver, l'héritier peut faire vendre ces " effets, sans qu'on puisse en induire une acceptation de sa part ; mais " cette vente doit être faite publiquement, et après les affiches et publi- " cations requises par les lois sur la procédure."

Cet article diffère de l'article 796 du code Napoléon, en ce que ce dernier article exige que l'héritier se fasse autoriser par justice à procéder à cette vente. Dans notre droit semblable autorisation n'est pas requise.

L'héritier fera faire cette vente publiquement, en observant les formalités requises pour la vente des meubles sur exécution (art. 1324 C. P. C.).

n'est pas tenu de répondre, d'engager le débat et de discuter le mérite des demandes formées contre lui. Il peut opposer à ceux qui les forment l'exception dilatoire dont il est parlé dans l'article 120 du code de procédure : " Votre prétention, dira-t-il, est peut-être juste ; peut-être ne l'est-elle pas. C'est un point que nous débattrons plus tard, si j'accepte la succession." Ainsi, l'héritier qui est encore dans les délais que la loi ou la justice lui accorde pour faire inventaire et délibérer ne peut pas être contraint de prendre qualité.

[[C'est la disposition de l'article 666 qui est en ces termes :

666. " Pendant la durée des délais pour faire inventaire et " délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, " et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation ; s'il " renonce, pendant les délais ou aussitôt qu'ils sont expirés, les " frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont à " charge de la succession (*a*).]]

Mais, s'il n'est pas tenu de répondre, de discuter la prétention des créanciers, quel intérêt ont-ils à former leur demande, pendant qu'il est encore dans les délais ? Cet intérêt se conçoit facilement. Leur demande, quoique l'examen en soit retardé par l'effet de l'exception dilatoire, est néanmoins *valablement formée* : elle produit, par conséquent, un effet important, celui d'interrompre la prescription (art 2224). Le créancier demandeur se trouve avoir ainsi conservé son droit, soit contre l'héritier s'il accepte, soit contre ceux qui profiteront de sa renonciation s'il renonce : car la renonciation, dont l'effet est de faire considérer l'héritier comme ne l'ayant jamais été, ne détruit pas rétroactivement le mandat légal en vertu duquel il a représenté la succession.

[[Conformément à ce principe, le juge Cimon a jugé, dans la cause de *Massé* v. *Lainé* (R. J. Q., 2 C. S., p. 269), que dès le lendemain de la mort du testateur, son créancier peut assigner le légataire universel, sauf le droit de ce dernier de faire suspendre la poursuite, pendant les délais pour faire inventaire et pour délibérer, au moyen d'une exception dilatoire, et que si le légataire universel accepte ensuite sous bénéfice d'inventaire, la poursuite se continuera contre lui en cette nouvelle qualité (*b*).]]

(*a*) C'est en substance la copie de l'article 797 du code Napoléon. La seule différence qu'il y ait, c'est que l'art. 797 dit : "lorsque les délais sont expirés ou avant"; notre article : "pendant les délais ou aussitôt qu'ils sont expirés." Mais le sens des deux dispositions est le même.

(*b*) Dans l'espèce, les frais de l'exception dilatoire qui n'avait pas été contestée, ont été mis à la charge de la succession.

§ IV. — *A la charge de qui sont les frais résultant de l'exception dilatoire que l'héritier délibérant a opposée aux demandes formées contre lui.*

Une distinction est nécessaire :

1° *Frais faits pendant les délais légaux* (art. 666). S'ils sont *légitimes*, c'est-à-dire régulièrement faits, la succession les supporte, soit que l'héritier la répudie, soit qu'il l'accepte sous bénéfice d'inventaire. Ceux qui n'ont pas été faits *légitimement* sont à la charge de l'héritier : ainsi, c'est lui qui supporte les frais résultant de l'opposition qu'il a été obligé de former pour faire tomber un jugement par défaut qu'il a laissé prendre contre lui (1).

2° *Frais faits pendant les délais judiciaires* (art. 668). Ces frais sont à la charge de la succession, si l'héritier "justifie, ou qu'il n'avait pas eu connaissance du décès, ou que les délais légaux ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues." A défaut de cette justification, c'est lui qui les supporte (*a*).

§ V.—*De la condition de l'héritier après l'expiration des délais légaux ou judiciaires.*

L'expiration de ces délais ne le constitue pas héritier pur et simple. Il peut encore, soit renoncer, soit accepter sous bénéfice d'inventaire : [[en effet, la faculté d'accepter ou de renoncer est imprescriptible (art. 656).]] Mais, s'il est actionné, il ne peut plus se retrancher dans l'exception dilatoire de l'article 120 du code de procédure : il faut qu'il dise quel parti il entend prendre. Ainsi l'héritier qui est poursuivi après l'expiration des délais doit se hâter de répudier la succession ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire : car, s'il ne prend ni l'un ni l'autre parti avant le jugement que sollicite le

---

(1) MM. Dem., t. 3, n° 120 *bis* II ; Laurent, t. 9. n° 272.

(*a*) C'est la disposition de l'article 668, copie textuelle de l'article 799 du code Napoléon, qui se lit comme il suit :—

668. " Les frais de poursuite, dans le cas de l'article précédent (c'est " celui qui permet au tribunal de prolonger les délais), sont à la charge " de la succession, si l'héritier justifie, ou qu'il n'avait pas eu connais- " sance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la " situation des biens, soit à raison des contestations survenues ; s'il n'en " justifie pas, les frais restent à sa charge personnelle."

créancier, il est alors définitivement constitué héritier pur et simple et condamné en cette qualité.

[[C'est ce que l'article 669, copié sur l'article 800 du code Napoléon, décrète en ces termes :

669. " L'héritier conserve cependant, après l'expiration des " délais accordés par l'article 664, même de ceux donnés par " le juge suivant l'article 667, la faculté de faire encore inven- " taire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait " d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de " jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en " qualité d'héritier pur et simple."]]

La différence entre l'héritier qui est encore dans les délais et celui qui n'y est plus consiste donc en ceci seulement, que le premier ne peut pas être forcé de prendre qualité, tandis que le second peut être condamné comme héritier pur et simple, s'il est poursuivi par des créanciers : l'un jouit d'une exception dilatoire dont l'autre est désormais privé.

[[Mais comme l'article 669 l'indique, le successible qui s'est laissé condamner n'est constitué héritier pur et simple vis-à-vis de son adversaire que si le jugement qui le condamne est passé en force de chose jugée. Jusqu'à ce moment il peut, dit M. Baudry-Lacantinerie, n° 196, tout mettre en question en attaquant la décision judiciaire et accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer, tant que le débat n'est pas définitivement clos. Bien entendu qu'il serait dans ce cas, si le jugement est maintenu, condamné aux frais de l'action (*a*).

Ces principes ne peuvent guere souffrir de doute. On a, cependant, dans notre jurisprudence, discuté l'effet du retard de prendre parti,quant au mineur appelé à une succession, lequel, on le sait, ne peut accepter que sous bénéfice d'inventaire. J'ai résumé cette jurisprudence en mon tôme 2, pp. 231 et suiv. Il en résulte que lorsqu'un mineur, qui est le plus proche héritier, n'a pas accepté ou répudié une succession dans les délais prescrits, les créanciers de la succession peuvent procéder contre lui comme héritier apparent. Il est dans ce cas censé accepter sous bénéfice d'inventaire : *Larocque* v. *Daignault* (R. J. Q., 7 C. S., p. 426 et 1 R. de J., p. 527), *Lemieux* v. *Nadlin* (R. J. Q., 6 C. S., p. 405) et *Labelle* v. *Labrecque* (R. J. Q., 8 C. S., p. 491).

Dans la cause de *The Montreal City and District Building Society* v. *Kerfut* (4 L. C. J., p. 54), le juge Berthelot a décidé

(*a*) Voy. aussi Pothier, *Successions*, ch. III, sec. V.

que l'abstention de s'immiscer dans les affaires d'une succession n'est pas une fin de non-recevoir contre une poursuite dirigée contre l'héritier par un créancier de la succession ; que l'héritier, pour échapper à la poursuite, doit renoncer, et quand la renonciation a été faite après l'institution de l'action, cette action sera renvoyée, mais avec dépens contre l'héritier ; qu'une renonciation avant l'audition au mérite n'est pas tardive.

Dans la cause de *Caumartin* v. *Archambault* (10 L. N., p. 370), le juge Taschereau a jugé que la renonciation peut être produite après l'audition de la cause, sauf l'obligation de payer tous les frais. Nous avons vu qu'elle peut même se faire après le jugement, si ce jugement n'est pas passé en force de chose jugée.

L'obligation de l'héritier de payer les frais, quand l'action est renvoyée par suite d'un acte de renonciation après l'expiration des délais, a été également affirmée dans la cause de *Mulholland* v. *Halpin* (17 L. C. J., p. 318 et 5 R. L., p. 184) ; dans ce cas, la renonciation a été faite le jour même de l'audition.]]

§ VI. — *Des événements qui font perdre la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.*

L'héritier est déchu de cette faculté dans trois (*a*) cas :

1° *Lorsqu'il a accepté purement et simplement, soit expressément, soit tacitement*, par exemple, en détournant ou en omettant sciemment de faire porter sur l'inventaire des effets de la succession (*b*) ;

2° [[*Lorsque le tribunal a prononcé la déchéance du bénéfice d'inventaire, quand l'héritier n'a pas fourni caution à la demande de la majorité des créanciers et des autres intéressés.* Cependant, comme je le dirai, le tribunal peut, au lieu de prononcer cette déchéance, ordonner la vente des meubles et le dépôt en cour du produit de la vente et des autres deniers

---

(*a*) Il y a un quatrième cas dans le droit français moderne, la prescription de la faculté d'accepter. Dans notre droit, je l'ai dit, cette faculté est imprescriptible.

(*b*) Je ne regarde pas le recel ou le divertissement en soi comme un acte d'acceptation tacite quoique, si le successible a vendu l'effet détourné, il pourrait peut-être être considéré comme ayant fait acte d'héritier. Voy. *supra*, pp. 381 et suiv. et p. 429.

de la succession que l'heritier peut avoir entre les mains (art. 663).]]

3° *Lorsqu'il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple* (1). Ici se présente une question des plus graves : L'héritier qui a été, sur la poursuite d'un créancier du défunt, condamné comme héritier pur et simple, est-il déchu de la faculté de répudier ou d'accepter sous bénéfice d'inventaire, tant à l'égard des intéressés qui n'étaient pas parties au procès qu'à l'égard de celui qui a obtenu jugement ? Héritier pur et simple à l'égard du demandeur qui l'a fait condamner, peut-il, à l'égard de toute autre personne, répudier la succession ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire ?

On dira peut-être : " Mais comment l'héritier pourrait-il être à la fois héritier pur et simple dans ses rapports avec tel créancier, et bénéficiaire dans ses rapports avec tel autre ? Comment concevoir surtout qu'il puisse être à la fois acceptant et renonçant ? On est héritier ou on ne l'est pas, c'est un état indivisible."

Rien n'est plus faux que cette idée. Les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties plaidantes : ils ne nuisent ni ne profitent aux tiers : on ne peut pas les leur opposer, et ils n'ont pas le droit de les invoquer (art. 1241). Donc, il y a en jurisprudence des vérités *relatives*. C'est ainsi que Pierre peut être réputé propriétaire à l'égard de *Paul* et ne l'être pas à l'égard de *Jacques* (voy. l'explication de l'art. 1241) ; qu'un enfant peut être *légitime* dans ses rapports avec l'un de ses frères, et *naturel* dans ses rapports avec un autre frère (voy. l'explication de l'art. 78) (*a*). Or, si la même personne peut être à la fois enfant naturel et enfant légitime, on comprend sans peine qu'à bien plus forte raison la même personne peut être héritière à l'égard de tel créancier, et ne pas l'être à l'égard de tel autre,—héritière pure et simple dans ses rapports avec Pierre, et bénéficiaire dans ses rapports avec Jacques.

Ainsi, notre question reste entière. Elle se trouve ramenée à ces termes :

L'article 669 est-il une *application* de la règle générale de l'article 1241 ? Fait-il, au contraire, *exception* à cette règle générale ?

Sur ce point difficile, quatre systèmes ont été présentés.

---

(1) Voy. l'article 669, *in fine*.

(*a*) Voy. mon tome 1er, p. 200.

PREMIER SYSTÈME.—L'article 669 n'est qu'une application de l'article 1241, avec lequel on doit le combiner. Le jugement dont il traite n'a, par conséquent, d'effet *qu'au regard des parties entre elles*.—Ainsi, dans ce système, l'héritier conserve, au regard de toute personne, autre que celle qui l'a fait condamner, la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou même de renoncer.

Cette solution est généralement suivie. On la dit conforme : 1° *Aux précédents* (1) ; 2° *à l'équité*.—" Qui ne voit, dit M. Demolombe, combien il serait dangereux et inique de déclarer le successible héritier pur et simple envers et contre tous, par l'effet d'un jugement rendu à l'occasion de la créance la plus modique, par défaut peut-être, et sans que le successible eût apporté toute l'attention possible à ce débat, où la qualité d'héritier ne se trouvait engagée qu'accessoirement à une créance minime" ? 3° *au droit commun* (art. 1241) ; 4° *au texte de notre article 669*. Et, en effet, qu'y voyons-nous ? que le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire lorsqu'un jugement.... *existe* contre lui, qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple ; or, en droit, un jugement n'existe qu'au regard des parties entre lesquelles il a été rendu.

Que le jugement ait été rendu sur tel objet ou sur tel autre, contradictoirement ou par défaut, en premier ou en dernier ressort, il n'importe : la solution est la même *dans tous les cas*. La loi, en effet, ne distingue pas (2).

SECOND SYSTÈME.—Le successible qui a été, contradictoirement ou par défaut, en premier ou en dernier ressort, condamné comme héritier pur et simple par un jugement passé en force de chose jugée, est déchu, *erga omnes*, de la faculté d'accepter l'hérédité sous bénéfice d'inventaire ou de la répudier.

Considérons, en effet, les textes, combinons-les entre eux, suivons avec attention les idées qu'ils énoncent, et la pensée de la loi s'en dégagera très lumineuse. Les articles qui précèdent l'article 669 accordent au successible des délais pour

---

(1) Voy. Pothier, *Successions*, ch. III, sect. V, et *Introd. au tit.* 17 de la *Cout. d'Orl.*, n° 70 ; Lebrun, liv. III, ch. VIII, sect. 2, n° 63.

(2) MM. Delv., t. 2, p. 31 ; Toull., t. 2, n° 334 ; Dur., t. 7, n° 25 ; Aubry et Rau, t. 6, § 612, p. 403 ; Dem., t. 3, n° 122 *bis* ; Duc., Bonn. et Roust., *sur l'art. 800* ; Demol., t. 15, n° 152 ; Duverger, *à son cours* ; Laurent, t. 9, n° 391. — La jurisprudence s'est aussi prononcée en ce sens : voy. l'arrêt de la cour de cassation du 19 avril 1865 (Sir., 63. 1. 270).

faire inventaire et délibérer ; l'article 669 établit que, même après l'expiration de ces délais, il peut encore se porter héritier bénéficiaire. Toutefois, la loi ajoute que certains évènements font perdre cette faculté. Elle cesse, en effet, d'exister : 1° quand le successible a fait acte d'héritier ; 2° quand il a été condamné comme héritier pur et simple ; 3° quand il a détourné ou recélé des effets de la succession (art. 669 et 670). Ces trois faits sont mis sur la même ligne ; tous sont présentés comme produisant un effet identique. Le premier et le troisième constituent le successible héritier pur et simple *erga omnes* : donc, il en doit être de même du second.

Et comment décider le contraire, en présence des termes si formels de notre article 669 ? Le successible, y est-il dit, n'a plus la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire : 1° lorsqu'il a fait acte d'héritier ; 2° lorsqu'il a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, en qualité d'héritier pur et simple. Appliquées au premier de ces deux faits, ces expressions : "il ne peut plus se porter héritier bénéficiaire", ont, tout le monde en convient, un sens *absolu*. Se peut-il, dès lors, qu'appliquées au second, elles n'aient plus qu'un sens *relatif ?* Quelqu'un comprendra-t-il qu'une formule, appliquée dans le *même* article et dans les *mêmes* termes, à deux faits que la loi groupe à côté l'un de l'autre, ait, dans sa pensée, deux sens opposés et contradictoires ?

L'article 669, si on l'entend dans le sens absolu que la généralité de ses termes implique, ne marche point, il est vrai, d'accord avec cette règle du droit commun : *res inter alios judicata aliis nec nocere nec prodesse potest*. Mais qu'importe ? L'exception par laquelle il déroge à l'article 1241 a son explication et, partant, sa raison d'être. " L'intérêt de la société, disait Tronchet, à la séance du 9 nivôse an XI, repousse une disposition (l'application de l'art. 1241) qui multiplierait les procès, en forçant une foule de créanciers à faire juger de nouveau un fait déjà jugé. Quelquefois même, à l'époque où les créanciers formeraient leurs demandes, le preuves auraient disparu, et la succession, dilapidée dans l'intervalle, n'offrirait plus de prise à leur droits (1)."

TROISIÈME SYSTÈME. — La question posée doit, d'après MM. Bugnet et Marcadé, se résoudre par une distinction.

---

(1) Voy. Merlin, Quest., v° *Héritier*, § 8, et Rép., v° *Successions*, sect. 1, 5, n° 4 ; M. Hureaux, *Rev. prat.*, t. 17, p. 125 et suiv. ; Maleville, t. 2, p. 261.

Le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire lorsqu'il existe contre lui un jugement *passé en force de chose jugée* qui le condamne. Voilà ce que nous apprend la loi. Mais qu'est-ce qu'un jugement *passé en force de chose jugée ?* Là est toute la question.

Un jugement à force de chose jugée *a priori*, c'est-à-dire *dès qu'il est rendu*, lorsqu'il est contradictoire et en dernier ressort, ce qui le rend non susceptible d'appel ou d'opposition — Ce n'est pas à cette hypothèse que se réfère notre article 669 Dans cette hypothèse, le droit commun reçoit son application : le successible n'est constitué héritier pur et simple qu'au regard du créancier qui l'a fait condamner (art. 1241).

Un jugement peut n'avoir pas *a priori* force de chose jugée. et l'acquérir plus tard. On dit alors proprement qu'il *est passé en force de chose jugée*. Ainsi, un jugement contradictoire, mais en premier ressort, ou un jugement en dernier ressort, mais par défaut, n'a pas force de chose jugée *dès qu'il est rendu*. Il ne l'acquiert qu'à l'expiration des délais d'appel ou d'opposition.—Telle est l'hypothèse prévue par notre article. On y suppose que le successible a été condamné en premier ressort ou par défaut, et qu'il a laissé passer les délais d'appel ou d'opposition, sans user des moyens d'attaque que la loi avait mis à sa disposition. Dans ce cas il doit être considéré comme héritier pur et simple *erga omnes* : car, en n'attaquant point le jugement dans les délais, *il a tacitement accepté la qualité d'héritier qui lui est attribuée*. C'est tout simplement *un cas d'acceptation tacite* (1).

—Cette distinction n'a point prévalu. Ces mots de l'article 669, jugement *passé en force de chose jugée*, n'ont point, a-t-on dit, le sens restreint que leur donnent MM. Bugnet et Marcadé. Sans doute, lorsque dans la même phrase, les mots : jugement *passé en force de chose jugée*, sont opposés aux mots : jugement rendu *en dernier ressort* (voy. art. 2148), nous devons entendre par *jugement* PASSÉ *en force de chose jugée* le jugement qui n'est devenu irrévocable que parce que la partie condamnée ne l'a pas attaqué dans les délais de la loi ; mais, quand cette opposition n'existe pas, les mots dont il s'agit ont, dans la langue du droit, un sens général (voy. l'art. 1924) (*a*).

---

(1) Bugnet, sur Pothier, *Successions*, chap. III, sect. v ; Marc., sur l'art 800 C. N

(*a*) Mourlon cite un plus grand nombre d'articles du code Napoléon, lesquels, cependant, n'existent pas dans notre code.

On ajoute que le défaut d'appel et d'opposition n'implique point *nécessairement*, de la part du successible, l'intention d'être héritier pur et simple, *erga omnes*. Il a pu, en effet, ne pas vouloir, à raison de la modicité de l'intérêt engagé dans le procès, ou de toute autre circonstance, prolonger le débat, tout en se réservant d'ailleurs de se défendre envers toute autre personne, s'il était attaqué de nouveau.

QUATRIÈME SYSTÈME.—M. Valette a proposé une distinction d'une autre nature (1).

Notre article 669 ne peut, dit-il, être bien compris qu'en remontant à son origine et à l'histoire de sa rédaction.

Selon le droit romain, le successible devait accepter sous bénéfice d'inventaire, *dans les trois mois à compter du jour de l'ouverture de la succession* ; ce délai passé, il n'avait plus que la faculté de répudier la succession ou de l'accepter purement et simplement.

Le droit coutumier, au contraire, ne limitait par aucun laps de temps la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire.

Le délai de trois mois parut insuffisant aux rédacteurs du code ; d'un autre côté, la faculté indéfinie d'accepter bénéficiairement leur sembla dangereuse. De là, la proposition faite par la section *de législation*, de restreindre cette faculté à une année, *à partir de l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer*. C'était une transaction entre le système du droit romain et celui du droit coutumier. Mais ce délai d'une année parut encore insuffisant au Conseil d'État. L'héritier, dit-on, peut être absent, ignorer l'ouverture de la succession : il serait, par conséquent, dangereux de le déclarer déchu d'une faculté aussi précieuse, par cela seul qu'il aurait laisser passer un an sans l'exercer. On rejeta donc le délai *préfix* d'un an, et on le remplaça par un autre délai, non plus préfix, non plus d'un an, mais *variable*, qui peut durer un an, deux ans, trois ans...., qui se prolonge *jusqu'au moment où l'héritier est condamné comme héritier pur et simple par un jugement irrévocable*. Cette condamnation est le terme fatal qui clôt, qui arrête le délai indéfini que la loi lui accorde.

Dans ce système, le jugement qui condamne l'héritier en qualité d'héritier pur et simple a un effet général : l'héritier est, *à l'égard de tous*, déchu de la faculté *d'accepter bénéficiai-*

(1) Voy. la *Revue étrangère*, t. 9, p. 257 et suiv.—La dissertation de notre éminent et regretté professeur est reproduite dans le recueil publié par MM. Herold et Ch. Lyon-Caen sous ce titre : *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, par A. Valette, t. 1er, p. 163 et suiv.

rement. Mais il conserve la faculté de *répudier*, à l'égard d toute personne autre que celle qui a obtenu le jugement ; il la conserve, parce qu'il n'existe aucun texte qui l'en déclare déchu, parce que c'est *uniquement de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire* que la loi a dit : Elle sera perdue lorsque l'héritier aura été condamné comme héritier pur et simple.

— Cette solution, quoique très ingénieuse, n'a point réussi. Nous venons de voir qu'en ce qui regarde *le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire*, elle attribue au jugement dont il s'agit un effet *absolu ;* or, disent les partisans du premier système, cet effet absolu est incompatible avec le principe que la loi a posé dans l'article 1241.

Vainement la soutient-on conforme aux travaux préparatoires du code. Ces documents sont, quant à l'objet de ce débat, trop confus pour qu'on puisse en tirer une induction en sa faveur.

Les partisans du second système enseignent qu'elle viole l'article 669. Le suc essible qui a été condamné comme héritier pur et simple ne peut plus, disent-ils, accepter sous bénéfice d'inventaire ; cette faculté, M. Valette en convient, lui est retirée ERGA OMNES. Si ce successible ne peut plus se porter, à l'égard de quelque personne que ce soit, héritier bénéficiaire, c'est qu'il est, ERGA OMNES, *irrévocablement héritier*, et héritier pur et simple, puisqu'on ne peut l'être qu'en cette qualité, quand le bénéfice d'inventaire nous fait défaut. Comment dès lors l'admettre *à renoncer ?*

En résumé, le jugement dont nous traitons, a :

Selon le premier système, un effet *relatif* dans tous les cas;

Selon le second système, un effet *absolu* dans tous les cas ;

D'après le troisième système, un effet *relatif* ou un effet *absolu*, suivant qu'il a eu, dès qu'il a été rendu, l'autorité de la chose jugée ou qu'il ne l'a acquise qu'après coup ;

D'après le quatrième système, un effet *absolu* quant à la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, *relatif* en ce qui regarde la faculté de renoncer.

[[M. Baudry-Lacantinerie, n° 196, se prononce en faveur du premier système et c'est aussi celui qui est suivi par la majorité des auteurs (*a*). Telle est également la solution que la jurisprudence française a adoptée. Voy., outre l'arrêt cité

(*a*) Voy. la liste imposante qu'en donnent Sirey et Gilbert sur l'art. 800 C. N., n° 3 ; les auteurs qui adoptent les autres systèmes sont indiqués aux numéros suivants.

supra; p. 441, note (2), la décision de la cour de cassation du 30 avril 1884 : Dalloz, 1885. 1. 283 ; Sirey, 1886. 1. 173. Notre jurisprudence est muette sur cette question, mais ne serait-ce pas téméraire pour nous, avec un texte identique à celui du code Napoléon, de repousser une doctrine que la plupart des auteurs, et parmi eux les grands maîtres de la science légale, et la jurisprudence française enseignent d'un commun accord ? D'ailleurs, le sentiment de Pothier et de Lebrun (voy. note (1), p. 441, *supra*) doit avoir pour nous le plus grand poids. L'argumentation du deuxième système — le seul, à mon avis, qui puisse lutter avec le premier — frappe à première vue. On dit : l'article 669 pose deux cas de déchéance du successible du droit de se porter héritier bénéficiaire et un troisième cas est consigné à l'article 770 : 1° lorsqu'il a fait acte d'héritier ; 2° lorsqu'il existe contre lui un jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple ; 3° Lorsque l'héritier s'est rendu coupable de recel. Dans le premier cas et dans le troisième, pas de doute : le successible est héritier à l'égard de tout le monde, tous les auteurs en conviennent. Pourquoi en serait-il autrement du second cas, les articles 669 et 670 groupant ces trois cas comme tombant sous le coup de la même règle ? On oublie que le premier cas est un acte d'acceptation tacite (voy. l'art. 645), et il y a, dans le troisième cas, déchéance du droit de renoncer (art. 659) ; donc le successible en accomplissant ces actes a fixé irrévocablement son sort. Le second cas ne constitue pas un acte d'acceptation même tacite et ne tombe sous le coup d'aucune déchéance. Le successible a gardé le silence, or le silence ne comporte jamais acceptation, car après un silence même de cinquante ans l'héritier pourrait soit accepter soit renoncer, cette faculté étant, dans notre droit, imprescriptible (art. 656). Sans doute, il devra payer le créancier qui l'a fait condamner, mais il le doit pour la raison que, vis-à-vis de ce créancier, il ne peut plus, par application de l'article 1241, prétendre qu'il n'est pas héritier. Mais la présomption *juris et de jure* qui résulte de cet article n'est absolue qu'à l'égard du demandeur ; elle ne peut être invoquée par les tiers, et vis-à-vis de ces tiers il n'y a aucun acte d'acceptation à reprocher au défendeur qui, pour citer le langage de Pothier (*Successions*, ch. III, sec. V), " ne peut pas être héritier sans avoir voulu " l'être, selon notre règle de droit coutumier, *il n'est héritier* " *qui ne veut.*" J'ajoute que le créancier, qui a obtenu ce jugement passé en force de chose jugée, peut s'en désister, et

alors la cause serait remise au même état qu'elle était avant le jugement (art. 477 C. P. C.). Au cas de ce désistement, il n'*existerait* plus de jugement passé en force de chose jugée condamnant le successible en qualité d'héritier pur et simple. Supposons que le demandeur se désiste de son jugement au bout d'une année ; alors, si nous adoptons le deuxième système, il faudrait décider que, pendant une année, le successible a été *erga omnes* héritier pur et simple, et qu'après le désistement, il ne l'est plus, même à l'égard du créancier qui l'a fait condamner. Sa qualité dépendrait donc du caprice de ce créancier ! Evidemment, un système qui conduit à de pareils résultats pêche par sa base.]]

§ VII.—*Des effets du bénéfice d'inventaire.*

[L'article 671 précise ces effets en ces termes :

671. " L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'hé-" ritier l'avantage :

1° " De n'être tenu au paiement des dettes de la succession " que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a " recueillis ;

2° " De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de " la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer " le paiement de ses créances " (*a*).]]

Dans ses rapports avec *toutes personnes autres que les créanciers et les légataires*, l'héritier bénéficiaire continue de représenter le défunt ; sa condition est en tous points semblable à celle d'un héritier pur et simple. De là il suit :

1° Qu'il a droit et qu'il est soumis au *rapport*, conformément aux articles 712 et 723 combinés : les biens que ses cohéritiers ont reçus du défunt à titre de libéralité ou qu'il

---

(*a*) Cet article est la copie textuelle de l'article 802 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ajoute après les mots " biens qu'il a recueillis " le passage suivant : " même de pouvoir se décharger du paiement des " dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et " aux légataires."

Il faut tenir que cette faculté d'abandon n'existe pas dans notre droit. Les codificateurs l'ont crue contraire à l'ancien droit français et à la jurisprudence des arrêts. Pourtant Pothier, *Successions*, chap. III, sec. III, art. 2, § 8, admettait cet abandon, mais s'il a pu y avoir autrefois controverse sur ce point, la question me paraît réglée aujourd'hui par l'omission du passage que j'ai cité dans la reproduction de l'article 802 du code Napoléon. Les codificateurs du reste citent plusieurs autorités à l'appui de leur manière de voir. Consultez leur rapport.

a reçus lui-même au même titre doivent donc être *rapportés*, c'est-à-dire mis en commun pour être partagés entre eux ;

2° Que, si, après le payement des dettes et des legs, il reste quelque chose des biens du défunt, ses cohéritiers, ou, s'il est seul, les parents appelés à son défaut, ne peuvent pas prétendre à cet excédent ;

3° Qu'il doit au fisc le droit de mutation auquel sont assujettis les héritiers (1).

Dans ses rapports avec les créanciers et les légataires, l'héritier bénéficiaire *cesse de représenter le defunt.* C'est ce que l'article 671 exprime en ces termes : *L'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens avec ceux de la succession.*

Bien qu'il ne représente plus le défunt, la loi le charge néanmoins d'administrer la succession pour le compte des créanciers et légataires. Ainsi, l'héritier bénéficiaire n'est, vis-à-vis d'eux, *qu'un simple administrateur comptable.*

Telle est en peu de mots, la théorie de la loi sur les effets du bénéfice d'inventaire. Reprenons-la en détail.

L'héritier bénéficiaire, [[dit Mourlon,]] dans ses rapports avec les créanciers et les légataires, ne représente pas le défunt. Ce n'est pas lui qui est le propriétaire des biens, le débiteur des dettes : le propriétaire, c'est la succession ; le débiteur, c'est encore la succession (2).

En d'autres termes, le patrimoine actif et passif du défunt ne se confond pas avec le patrimoine actif et passif de l'héritier. Celui-ci n'est qu'un simple administrateur. De là suit :

1° Qu'il n'est tenu de payer les dettes que *jusqu'à concurrence des biens laissés par le défunt et sur ces biens seulement.* Les créanciers n'ont aucun droit sur son patrimoine personnel. Ainsi, ils ne peuvent pas lui dire : " Le défunt a laissé 20,000

(1) MM. Aubry et Rau, t. 6, § 612, p. 407.

(2) Voy., à ce sujet mon *Traité de la transcription*, t. 1er, nos 83 et 313 — Suivant la plupart des auteurs, l'héritier bénéficiaire représente le défunt, il est tenu de ses obligations ; mais les créanciers n'ont pour gage qu'une partie de ses biens, ceux qu'il a recueillis dans la succession." En ce sens, MM. Demol. t. 15, n° 159 ; Aubry et Rau, t. 6, § 612, p. 407, note 31 ; Laurent, t. 10, nos 90 et suiv. [[M. Baudry-Lacantinerie n° 200, regarde l'héritier bénéficiaire comme le propriétaire de l'hérédité, mais il ajoute que son droit de propriété comporte certaines modifications. Par suite d'une fiction légale on doit le considérer comme ayant deux patrimoines distincts : celui du défunt et le sien propre ; la loi isole le patrimoine du *de cujus* de celui de l'héritier, elle opère la séparation des patrimoines. A cela près, dit M. Baudry-Lacantinerie, l'héritier bénéciaire est un véritable héritier. Cette solution me paraît exacte.]]

francs de biens et 30,000 francs de dettes ; nous ne pouvons prétendre qu'à 20,000 francs ; mais, dans cette limite, nous agirons tant sur vos biens personnels que sur les biens de la succession." L'héritier, en effet, n'est pas leur débiteur ; ses biens personnels ne peuvent pas leur servir de gage. Administrateur, il est complètement quitte en rendant ses comptes. — Réciproquement, l'héritier ne peut pas dire aux créanciers : " Le défunt a laissé 20,000 francs de biens et 30,000 francs de dettes : je vous dois 20,000 francs, les voici : je vous les paye et je garde les biens." Les créanciers ont le droit d'exiger que les biens qui forment leur gage soient vendus ; et ils y ont intérêt, car il se peut que la vente aux enchères produise un prix supérieur au prix d'estimation des biens. " Vous n'êtes qu'un administrateur, diront-ils à l'héritier ; accomplissez votre mandat, poursuivez la vente des biens."

Si l'héritier ne peut pas être poursuivi sur ses biens personnels, ce n'est qu'en tant qu'on l'actionne en cette qualité. Il en est différemment quand il est recherché à raison de son administration. *Comme administrateur*, il peut être poursuivi sur ses biens personnels, non seulement lorsque, ayant été mis en demeure de rendre ses comptes, il n'a pas satisfait à cette obligation, mais encore lorsque, après les avoir rendus, il se trouve constitué reliquataire, c'est-à-dire, lorsque le chapitre des recettes est plus élevé que celui des dépenses.

[[C'est la disposition de l'article 672, copie textuelle de l'article 803 du code Napoléon, qui se lit comme suit :

672. " L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les " biens de la succession et doit rendre compte de son adminis- " tration aux créanciers et aux légataires. Il ne peut être " contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis en " demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait " à cette obligation.

" Après l'apurement du compte, il ne peut être contraint sur " ses biens personnels que jusqu'à concurrence seulement des " sommes dont il se trouve reliquataire (*a*).]]

2° Que *les droits qu'il avait, soit contre le défunt, soit sur ses biens, ou que le défunt avait, soit contre lui, soit sur ses biens, ne sont pas éteints par la confusion.* Supposons l'héri-

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie (n° 201) fait remarquer que l'héritier peut être contraint à payer sur ses propres biens les droits de mutation, ces droits constituant sa propre dette. Ainsi jugé en France par la cour d'Amiens, le 9 mai 1888 : Sirey, 1891. 2. 15 ; Dalloz, 1889. 2. 176

tier créancier du défunt. Accepte-t-il purement et simplement, sa créance est éteinte par confusion ; car les qualités de créancier et de débiteur sont incompatibles, lorsqu'elles se trouvent réunies dans une même personne (art. 1198). Accepte-t-il sous bénéfice d'inventaire, il conserve sa créance et peut, comme tout autre créancier, en poursuivre le payement sur les biens de la succession. Il la conserve, parce que, l'héritier bénéficiaire cessant de représenter le défunt, les qualités de créancier et de débiteur, au lieu de se confondre dans une même personne, restent distinctes : l'héritier est le créancier ; la succession, le débiteur.

L'héritier avait une servitude sur un bien du défunt, ou réciproquement. Accepte-t-il purement et simplement, la servitude est éteinte par confusion : car *nemini res sua servit* (art. 561). Accepte-t-il sous bénéfice d'inventaire, la servitude continue d'exister : car le fonds dominant et le fonds servant appartiennent à deux personnes différentes, l'un à l'héritier, l'autre à la succession.

L'héritier bénéficiaire qui est créancier ou débiteur du défunt, ne peut pas, on le conçoit, se payer à lui-même ce qui lui est dû ou ce qu'il doit. La loi a prévu la difficulté. [[A cet effet, l'article 1326 du code de procédure civile, qui est de droit nouveau, porte que, " dans le cas où l'héritier bénéficiaire a des " actions à exercer contre la succession, il doit faire procéder " à la nomination d'un curateur en observant les formalités " prescrites pour la nomination d'un curateur à la succession " vacante " (*a*).

J'ai dit que le bénéfice d'inventaire produit un troisième effet, en France, qui est de permettre à l'héritier bénéficiaire de faire un abandon des biens de la succession aux créanciers et aux légataires. Cette faculté bien qu'admise par Pothier a été repoussée par les codificateurs.

L'héritier bénéficiaire porte les actions de la succession et c'est contre lui que les créanciers de cette succession agissent à leur tour. Observons toutefois que, par suite de la séparation des patrimoines, si l'héritier intente contre un tiers une action de son chef, cette action ne peut être rejetée sur une exception née du chef du défunt, ni réciproquement. Par

---

(*a*) L'article 996 du code de procédure français fait dans ce cas une distinction. L'héritier bénéficiaire a-t-il des cohéritiers, c'est contre eux qu'il exerce son action s'il est créancier, et ces cohéritiers le poursuivent s'il est débiteur. Est-il seul héritier, un curateur est nommé qui représente la succession. La règle de notre article est plus simple.

application de ce principe, M. Baudry-Lacantinerie (nº 204) enseigne que si l'héritier bénéficiaire a revendiqué son bien vendu par le défunt, son action ne peut être repoussée par l'exception de garantie. Elle sera donc maintenue, mais l'héritier bénéficiaire sera, en cette qualité et jusqu'à concurrence de son émolument, tenu des diverses condamnations qui pourront être prononcées au profit de l'acquéreur évincé.]]

§ VIII.—*Administration des biens par l'héritier bénéficiaire.*

[[J'ai cité plus haut l'article 672 qui porte que " l'héritier " bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succes-" sion et doit rendre compte de son administration aux créan-" ciers et aux légataires." Il est naturel que cette administration lui soit confiée, car il est le premier intéressé à ce que les biens, dont le surplus après le paiement des dettes lui appartiendra, ne se dissipent pas. Mais en même temps cette administration est pour lui un devoir ; *il est chargé d'administrer*, dit l'article 672. Il ne peut même pas se décharger de cette administration, dans notre droit, par l'abandon qu'il offrirait de faire de ces biens aux créanciers et aux légataires auxquels il est comptable (*a*). Nous verrons plus loin que, si ces créanciers ou légataires l'exigent, l'héritier sous bénéfice d'inventaire est tenu de fournir caution, mais outre la déchéance prévue au cas où cette caution ne serait pas donnée, rien ne paraît autoriser les tribunaux à lui enlever cette administration (*b*).]]

L'héritier bénéficiaire fait des actes interruptifs de prescription, exige des débiteurs les choses dont le défunt était créancier et donne quittance. C'est lui qui est chargé de soutenir, soit comme demandeur, soit comme défendeur, les procès dans lesquels la succession est intéressée, sauf aux créanciers à intervenir, s'ils craignent qu'il ne compromette leurs droits. C'est lui qui passe bail des biens ou renouvelle les baux existants, qui ensemence les terres, fait les récoltes, ordonne les réparations nécessaires.

(*a*) L'abandon *accepté* par tous les intéressés me semblerait cependant inattaquable, car ce serait, sinon une transaction, du moins un contrat valable.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 206, et un arrêt de la cour de Caen du 22 février 1879 : Sirey 1880. 2. 237. Le même auteur dit que s'il y a plusieurs héritiers, ils devront s'entendre au sujet de l'administration, autrement le tribunal réglera le différend.

La loi ne lui impose pas l'obligation de vendre les biens : il peut donc, à son choix, les conserver ou les faire vendre. Au premier cas, il est tenu de les représenter en nature ; les pertes ou les détériorations qui proviennent de sa négligence sont à sa charge. [[Sous ce rapport, il est de l'héritier bénéficiaire comme de tout autre administrateur ; il est tenu d'apporter à son administration le soin d'un bon père de famille. C'est ce que l'article 673 porte en ces termes : " Dans " son administration des biens de la succession, l'héritier béné- " ficiaire est tenu d'apporter tous les soins d'un bon père de " famille " (a).]]

Au deuxième cas, l'héritier doit observer certaines formalités, qui varient suivant qu'il s'agit d'un bien mobilier ou d'un bien immobilier. La vente des meubles ne peut être faite que par le ministère d'un officier public, aux enchères, après affiches et publications. L'autorisation préalable du tribunal n'est pas nécessaire (1).

[[La vente des immeubles exige également l'intervention de la justice.

Il convient ici de citer les dispositions du code civil et du code de procédure civile sur ces ventes tant des meubles que des immeubles.

MEUBLES.—L'article 674 du code civil se lit ainsi qu'il suit :—

674. " Si l'héritier bénéficiaire fait vendre les meubles de la " succession, la vente doit s'en faire publiquement et après les " affiches et publications requises par les lois sur la procédure.

" S'il les représente en nature, il n'est tenu que de la dépré- " ciation ou de la détérioration causée par sa négligence " (b).

---

(1) Voy. M. Demol., t. 15, nº 281.

(a) L'article 804 du code Napoléon dit, au contraire, que l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. On justifie cette disposition par le motif que cet héritier est un administrateur non salarié. Nos codificateurs, ayant, au titre *Des obligations* (voy. l'art. 1064), écarté la distinction de l'ancien et du nouveau droit français, de la faute lourde, légère ou très-légère, pour adopter la règle qui veut que l'administrateur apporte à son administration les soins d'un bon père de famille, n'ont pas cru devoir accepter la disposition du code Napoléon.

(b) Le deuxième alinéa de notre article reproduit textuellement le deuxième alinéa de l'article 805 du code Napoléon. Le premier alinéa est au même effet que l'alinéa correspondant de l'article 805, mais observons que ce dernier article dit : *il ne peut vendre les meubles*, notre article : " s'il fait vendre les meubles.... la vente *doit s'en faire*. etc." L'article

De son côté, l'article 1324 du code de procédure civile porte que " l'héritier sous bénéfice d'inventaire ne peut procéder à " vendre les effets mobiliers de la succession qu'en observant " les formalités requises pour la vente des meubles sur exécu- " tion " (*a*).

Donc, la vente des meubles devra se faire comme s'il s'agissait d'une exécution. Il y a, par conséquent, lieu aux mêmes publications et affiches.

IMMEUBLES.—L'article 675 du code civil est en ces termes :

675. " Quant aux immeubles, s'il devient nécessaire de les " vendre, l'on procède à cette vente ainsi qu'à la distribution " du prix en provenant, de la manière et dans les formes suivies " à l'égard des biens appartenant aux successions vacantes, " suivant les règles posées en la section suivante " (*b*).

L'article 1325, (d'après le texte donné par l'article 6020 S. R. P. Q., du code de procédure civile), complète cette disposition et y ajoute une nouvelle exigence. Il se lit comme il suit :—

1325. " Il peut vendre les immeubles et les parts ou actions " dans les compagnies industrielles ou financières, en suivant " les formalités établies par la loi pour les licitations volon- " taires, sur avis des intéressés présents à une assemblée con- " voquée à cet effet en la manière prescrite par le juge.

" Cette vente ne peut se faire, quant aux immeubles, que du " consentement de tous les créanciers hypothécaires."

Le texte que je viens de citer diffère du texte originaire de cet article. Ce texte portait que " l'héritier bénéficiaire ne peut " vendre les immeubles que du consentement *de tous les créan- " ciers et légataires* du défunt." Et il y avait, à l'article 1335, une disposition analogue quant aux ventes d'immeubles par le

---

1324 de notre code de procédure civile dit du reste que l'héritier bénéficiaire *ne peut procéder* à vendre, etc. Nous aurons à examiner la question de la validité des ventes faites en dehors de ces formalités.

(*a*) L'article 789 du code de procédure français pose une sanction à l'inaccomplissement de ces formalités. Il dit que la vente se fera suivant les formes prescrites, " à peine contre l'héritier bénéficiaire *d'être réputé héritier pur et simple.*" Nous verrons plus loin s'il y a lieu d'appliquer cette déchéance dans notre droit.

(*b*) L'article 806 du code Napoléon ne diffère pas sensiblement de notre article, sauf qu'il porte que l'héritier est tenu " d'en déléguer le prix " aux créanciers hypothécaires qui se sont fait connaître." Mais on est d'accord à ne donner aucun effet à cette disposition, le système hypothécaire, en France, étant public comme ici.

curateur d'une succession vacante. Mais ce dernier article a également été changé et, comme dans le cas de la vente par l'héritier bénéficiaire, celle faite par le curateur à la succession vacante doit se faire " en suivant les formalités établies par la " loi pour les licitations volontaires " (art. 1335 C. P. C, nouveau texte). Les deux dispositions sont identiques (*a*).

Il y a une autre formalité que l'héritier sous bénéfice d'inventaire doit accomplir avant de disposer des biens de la succession. Aux termes du premier alinéa de l'article 676 du code civil, " l'héritier bénéficiaire, avant de disposer des biens " de la succession et après avoir fait inventaire, donne avis de " sa qualité en la manière réglée au code de procédure civile." Cette disposition, qui n'existe pas dans le code Napoléon,

---

(*a*) La difficulté, c'est de trouver dans la loi les formalités prescrites pour les licitations volontaires. L'article 928 du code de procédure civile, au chapitre où il est traité du partage et de la licitation forcés, dit que des règles concernant la licitation volontaire " se trouvent dans la " troisième partie du code." Or dans la troisième partie du code de procédure civile, il n'y a pas de dispositions sur la licitation volontaire, à moins qu'on ne donne ce caractère à la section intitulée *De la vente*, qui suit celle *De la confection de l'inventaire*, dans le chapitre portant la rubrique *De l'inventaire*, et encore là, il ne s'agit que de la vente des meubles. Au code civil, l'article 698, après avoir ordonné la licitation devant le tribunal lorsque les immeubles ne peuvent se partager commodément, ajoute : " cependant les parties, si elles sont toutes majeures, " peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le " choix duquel elles s'accordent." On peut dire que c'est là une licitation volontaire, mais est-ce bien à cette licitation que la loi se réfère ? L'article 675 du code civil dit, il est vrai, que la vente se fera comme dans le cas d'une succession vacante, mais, ainsi que je l'ai fait remarquer, l'article 1325 C. P. C., quant aux ventes par l'héritier bénéficiaire, et l'article 1335 C. P. C., quant à celles faites par le curateur à la succession vacante, sont identiques. Cependant, comme les intéressés doivent être consultés, sur convocation faite " en la manière prescrite par le juge," et que le consentement de tous les créanciers hypothécaires est requis, on pourra peut-être faire fixer par ce moyen, avec la sanction de l'autorité judiciaire, les formalités de la vente.

Le nouveau code de procédure civile, qui n'est pas encore entré en vigueur, n'est pas (s'il faut en juger par le quatrième rapport qui en a été présenté à la législature) plus complet que le code actuel sous ce rapport. L'article 1120 de ce code, suivant le numérotage du rapport, renvoie à la onzième partie du code où il n'est nullement question des licitations volontaires.

En France, la vente se fait suivant les formalités prescrites pour la vente de biens de mineurs, après une mise à prix fixée par le tribunal à la suite d'une visite de l'immeuble par un expert (voy. les art. 987 et 988 du code de procédure français). L'héritier bénéficiaire est réputé héritier pur est simple s'il vend des immeubles sans suivre ces formalités.

renvoie à l'article 1322 du code de procédure civile, lequel porte que " l'héritier bénéficiaire est tenu de donner avis de sa " qualité par une annonce tel que réglé en l'article 1010;" c'est-à-dire " un avis publié au moins deux fois dans deux " journaux désignés par le tribunal ou le juge " (art. 1010 C. P. C.).]]

Il nous reste à étudier une question fort délicate. Aux termes des articles 674 et 675, l'héritier béneficiaire *ne peut vendre* (*a*) les biens qu'en observant les formes prescrites par la loi. Cela posé qu'arrivera-t-il s'il les vend *proprio motu* et à l'amiable ? La vente sera-t-elle nulle ?

L'affirmative semble évidente, si l'on s'en tient rigoureusement au texte des articles 674 et 675 [[et à celui de l'article 1324 du code de procédure civile :]] car, dire que l'héritier ne peut vendre que de telle manière, c'est bien dire implicitement que, s'il vend autrement, la vente ne sera pas valable. Cependant, ce n'est pas ainsi qu'on interprète ce texte. Il faut, dit-on, [[en France,]] l'entendre en ce sens : que l'héritier *qui veut conserver sa qualité d'héritier bénéficiaire* ne peut vendre sans observer les formalités prescrites par la loi. Ainsi, [[on dit que]] la vente faite sans les formalités prescrites est valable ; mais que l'héritier qui l'a faite est déchu du bénéfice d'inventaire, constitué héritier pur et simple. [[On se base, en cela, sur les dispositions des articles 988 et 989 du code de procédure français, qui portent que l'héritier qui procède autrement à la vente sera réputé héritier pur et simple. On ajoute que]] la vente est valable parceque l'acceptation bénéficiaire, introduite dans l'intérêt de l'héritier ne le lie pas irrévocablement : la loi lui permet, en effet, de reprendre la condition commune des héritiers, celle d'un héritier pur et simple ; et c'est ce qu'il fait tacitement en aliénant *proprio motu*, c'est-à-dire en maître, les biens de la succession (1).

(*a*) Nos articles 674 et 675 ne disent pas que l'héritier *ne peut vendre*, mais que la vente *doit se faire*, etc. Mais l'article 1324 du code de procédure civile dit qu'il *ne peut* procéder à vendre les effets mobiliers qu'en observant les formalités prescrites.

(1) Un autre système, qui prévaut dans la jurisprudence, a été proposé [[je conserve ce texte intact, mais le lecteur se rappellera qu'il s'agit de dispositions particulières du droit français :]]

L'héritier qui vend des biens de la succession sans remplir les formalités prescrites, les aliène *valablement* : car, *à l'égard des tiers*, il est propriétaire. Mais cette aliénation le constitue-t-elle nécessairement héritier pur et simple ? A cet égard une distinction doit être faite. Si les créanciers, qui subissent la séparation des patrimoines, ont intérêt à ce qu'elle

[[Je crois qu'il faut décider ici, comme en France, que la vente faite par l'héritier bénéficiaire au mépris des formalités prescrites par la loi, sera valable si l'acheteur est de bonne foi et n'a pas voulu se prêter à la fraude. Mais je ne puis accepter la conclusion que telle vente entraînera la déchéance du bénéfice d'inventaire. Nous n'avons pas les dispositions des articles 788 et 789 du code de procédure français, et les déchéances sont de droit étroit et ne se présument pas. Si donc la vente ne tombe pas dans la catégorie des actes prévus par l'article 670, l'héritier bénéficiaire pourra être condamné à payer des dommages, mais il ne mettra pas sa qualité en danger. Telle est la décision formelle de Pothier, *Successions*, ch. III, sect. III, art. 2, § 5.]]

Quoique l'héritier bénéficiaire ait le droit de vendre lui-même en justice les biens de la succession, les créanciers ont néanmoins le droit de les saisir et de les faire vendre, sur leurs poursuites personnelles. C'est une faculté du droit commun, qu'ils conservent par cela seul que la loi ne la leur enlève pas expressément.

Toutefois, si l'héritier a pris l'initiative des poursuites, je ne pense pas que les créanciers soient admis à entraver, par une saisie désormais sans objet, la procédure commencée du chef de l'héritier. La loi ne peut point vouloir que ces droits parallèles, se contrariant l'un l'autre, multiplient ainsi les frais en pure perte (1).

---

cesse, c'est-à-dire si l'héritier est solvable, ils peuvent le faire déclarer déchu du bénéfice d'inventaire, afin d'être payés tant sur ses biens personnels que sur ceux de la succession. Cette faculté résulte pour eux de l'article 989 du code de procédure [[français]] portant que l'héritier ne peut vendre à l'amiable, *sous peine* d'être *réputé* héritier pur et simple. Que si, au contraire, ils ont intérêt à la continuation de la séparation des patrimoines, c'est-à-dire si l'actif de la succession est supérieur ou égal à son passif, tandis que l'héritier est insolvable, celui-ci continue d'être héritier bénéficiaire : il ne peut pas, en effet, invoquer l'article 989 [[C. P. C. français,]] car cet article a été fait *non pour*, mais *contre* lui. Autrement, la *peine* à laquelle la loi le soumet tournerait à son profit et sévirait contre ceux qu'elle a voulu protéger. Ainsi les créanciers peuvent, suivant leur intérêt, le faire déclarer héritier pur et simple ou le laisser dans la condition d'héritier bénéficiaire (M. Blondeau, *Traité de la sépar. des patrim.*; Aubry et Rau, t. 6, § 618, p. 469 et 470, et § 619, p. 504 et suiv.).

Voy. la réfutation de ce système dans mon *Exam. crit. du comment. de M. Troplong sur les priv.*, n° 317. Voy. aussi MM. Demol., t. 15, n°s 171 et suiv. ; Laurent, t. 10, n° 152.

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 618, p. 463 et 464.

[[La majorité des]] créanciers et autres personnes intéressées peut exiger que l'héritier donne caution bonne et solvable : 1° de la valeur du mobilier ; 2° de la portion du prix des immeubles [[qu'il peut ou pourra avoir entre les mains ;]] ajoutons, quoique la loi ne le dise pas expressément, 3° des sommes payées par les débiteurs du défunt.

[[L'article 663 énonce cette obligation en ces termes :—

663. " L'héritier bénéficiaire est aussi tenu, si la majorité " des créanciers ou des autres personnes intéressées l'exige, de " donner caution bonne et solvable, au montant de la valeur du " mobilier porté en l'inventaire, et des deniers provenant de la " vente des immeubles qu'il peut ou pourra avoir entre les " mains.

" A défaut de fournir cette caution, le tribunal peut, suivant " les circonstances, ordonner que l'héritier sera déchu du béné- " fice d'inventaire, ou que les meubles seront vendus et le " produit ainsi que les autres deniers de la succession qu'il " peut avoir entre les mains, déposés en cour pour être " employés à en acquitter les charges."

Notre article 663 présente des différences assez marquées avec l'article 807 du code Napoléon. Ainsi, notre article n'oblige l'héritier bénéficiaire à donner caution que si la *majorité* des créanciers et intéressés l'exigent ; il n'est pas question de cette majorité dans l'article 807 C. N., et M. Baudry-Lacantinerie, n° 209, enseigne que tout intéressé peut l'exiger. Ensuite, différence plus considérable encore, notre droit permet au tribunal d'ordonner, à défaut de caution, la déchéance du bénéfice d'inventaire, tandis que cette déchéance n'a pas lieu en France (*a*).

Mais de quelle majorité la loi entend-elle parler, de la majorité en nombre ou de la majorité en somme ? Maleville, sur l'article 807 C. N., qui pensait qu'il fallait une majorité, exigeait la majorité en somme, par argument de ce que prescrivait l'ordonnance du commerce dans le cas de faillite. Il semble que c'est bien cette majorité que le législateur a en vue, car autrement une foule de petits créanciers, dont les créances réunies ne représenteraient qu'une faible portion du passif de la succession, pourraient, dans le but d'ennuyer l'héritier, lui imposer un cautionnement contre le gré des plus forts créanciers.

(*a*) Il y a d'autres différences dans les termes auxquelles je ne m'arrête pas.

La caution dont il est question ici est une caution légale ; elle doit donc remplir les exigences de l'article 1962.]]

L'héritier pur et simple, quoiqu'il soit traité moins favorablement que l'héritier bénéficiaire, n'est pas tenu de donner caution : il semble donc qu'il y ait contradiction dans la loi. Mais cette contradiction n'est qu'apparente. Le parti qu'a pris l'héritier bénéficiaire fait présumer que la succession est insolvable, que son actif est au-dessous de son passif : il importe, par conséquent, que les créanciers, qui sont menacés de ne recevoir qu'une portion de ce qui leur est dû, soient garantis que le patrimoine insuffisant sur lequel ils comptent ne sera pas dissipé. L'acceptation pure et simple, au contraire, n'entraîne pas la même présomption de faillite : elle fait supposer que la succession est riche et fera honneur à ses engagements. Les créanciers ont d'ailleurs une garantie, l'obligation dont est tenu l'héritier de payer toutes les dettes de la succession, *même sur ses biens personnels.* Aucun danger sérieux ne les menace : dès lors, à quoi bon une garantie spéciale ?

L'héritier qui ne peut ni fournir une caution, ni y suppléer par une garantie d'une autre nature, par exemple, par une hypothèque sur ses biens personnels, [[peut être, suivant les circonstances, déclaré déchu du bénéfice d'inventaire ; à tout évènement, ses pouvoirs d'administrateur peuvent être restreints. Au cas de restriction de ses pouvoirs d'administration, l'héritier se trouve]] dans une position analogue à celle d'un curateur à succession vacante. Il peut encore poursuivre la vente des biens, le recouvrement des sommes dues à la succession ; mais les prix de vente, mais les sommes dues par les débiteurs héréditaires, au lieu d'être payés entre ses mains, sont [[déposés en cour,]] pour être employés à l'acquittement des charges de la succession.

[[Dans la cause de *Durocher* v. *Lauzon* (12 R. L., p. 403), le juge Mackay a jugé que lorsque plusieurs héritiers présomptifs ont été envoyés en possession à la condition qu'ils fournissent caution, si quelques-uns d'eux refusent de fournir le cautionnement, les autres qui l'auront donné seront seuls envoyés en possession.

Il y a d'autres arrêts à citer qui se rapportent généralement à l'administration de l'héritier bénéficiaire et au recours des créanciers de la succession.

Dans la cause de *Corse* v. *Drummond* (24 L. C. J., p. 254), le juge Jetté a décidé que bien que l'héritier bénéficiaire soit chargé de l'administration de la succession, il peut être pour-

suivi directement et les biens de la succession peuvent être saisis par tout créancier ayant un titre exécutoire

Dans la cause d'*Ogden & Dawson* (13 R. L., p. 448), la cour d'appel a jugé que lorsqu'un héritier bénéficiaire poursuit en cette qualité et qu'il est condamné aux dépens, cette condamnation n'est portée contre lui que comme tel héritier bénéficiaire, à moins que le jugement, pour des raisons spéciales, n'en ait ordonné autrement.

Enfin, nous trouvons un jugement du juge Bourgeois, dans une cause de *Trudel* v. *Letendre* (15 R. L., p. 179), mettant en contraste la position de l'héritier pur et simple et celle de l'héritier sous bénéfice d'inventaire, et décidant que le droit de demander à ce dernier un compte de son administration, n'empêche pas les créanciers de la succession de le poursuivre directement en sa qualité d'héritier bénéficiaire et de faire saisir et vendre sur lui les biens de cette succession. Tout cela est fort élémentaire.]]

§ IX. — *De la manière dont l'héritier bénéficiaire doit payer les créanciers et légataires.*

Les créanciers sont *privilégiés*, *hypothécaires* ou *chirographaires* (les créanciers chirographaires sont ceux qui n'ont ni privilège ni hypothèque).

Les créanciers privilégiés, même les plus récents, sont payés par préférence, même aux créanciers hypothécaires les plus anciens et, à plus forte raison, aux créanciers chirographaires (art. 1983). Lorsqu'ils sont en conflit entre eux, c'est-à-dire lorsque plusieurs créanciers ont un privilège sur un même bien, celui là est payé avant les autres dont la créance mérite le plus de faveur au yeux de la loi (art. 1984); si la cause de leur créance est de même nature, ils concourent entre eux (art. 1985).

Les créanciers hypothécaires sont payés *après* les créanciers privilégiés et *avant* les créanciers chirographaires. Entre eux, c'est-à-dire lorsque leurs hypothèques existent sur un même bien, celui-là prime les autres qui a le premier fait [[enregistrer]] son hypothèque. Ainsi, les créanciers hypothécaires sont payés suivant l'ordre de [[leur enregistrement (*a*).]]

(*a*) Il y a bien l'hypothèque légale des compagnies d'assurance mutuelle, qui ne requiert pas l'enregistrement et qui prend rang à compter de date du billet de dépôt (art. 2033). Les taxes municipales et les repar-

Les créanciers chirographaires sont payés *après les créanciers privilégiés ou hypothécaires.* Ils concourent entre eux *au marc la livre* : lorsque le débiteur est insolvable, chacun d'eux ne reçoit qu'un dividende proportionnel à sa créance, — la moitié, le tiers ou le quart, si l'actif du débiteur n'atteint que la moitié, le tiers ou le quart de son passif.

Lorsqu'il existe des créanciers et des légataires, les légataires ne peuvent être valablement payés qu'autant qu'il reste quelque chose après que tous les créanciers ont été intégralement désintéressés.

— Cela posé, examinons comment se fait la distribution des deniers qu'a touchés l'héritier bénéficiaire. Il faut, à cet égard, distinguer suivant [[qu'il y a ou non des poursuites, saisies ou contestations judiciaires par ou entre les créanciers et les légataires.

En effet, les alinéas deux et trois de l'article 676—j'ai cité le premier alinéa *supra*, p. 454,—sont en ces termes :

"Après deux mois à compter du premier avis donné (*a*), " s'il n'y a pas de poursuites, saisies ou contestations judiciaires, " par ou entre les créanciers et les légataires, il est loisible à " l'héritier bénéficiaire de payer les créanciers et les légataires " à mesure qu'ils se présentent.

" S'il y a poursuites, saisies ou contestations à lui notifiées " judiciairement, il ne peut payer que suivant qu'il est réglé " par le tribunal " (*b*).

Je vais examiner maintenant chacun de ces deux cas.]]

1° *Il existe des* [[*poursuites, saisies ou contestations.*— L'existence de ces procédures notifiées judiciairement à l'héritier]] lui enlève le droit de payer lui-même et à l'amiable les créanciers ou légataires qui réclament ce qui leur est dû. La distribution des fonds ne peut être faite que judiciairement, c'est-à-dire [[que suivant qu'il est réglé par le tribunal.]] Les créanciers privilégiés, hypothécaires et chirographaires, sont alors payés suivant les distinctions qui viennent d'être faites.

---

titions d'église ne sont pas non plus soumises à cette formalité, mais la loi les range parmi les privilèges (art. 2009).

(*a*) Nous avons vu, *supra* p. 455, que l'héritier bénéficiaire doit donner deux avis de sa qualité dans deux journaux désignés par le tribunal ou le juge.

(*b*) Cet article est au même effet que l'article 808 du code Napoléon, si ce n'est que cet article ne parle que des créanciers qui ont fait opposition, c'est-à-dire qui ont fait défense à l'héritier de faire aucun paiement hors de leur présence.

2° [[*Il n'existe pas de poursuites, saisies ou contestations.* — L'héritier]] peut payer les créanciers et légataires à mesure qu'ils se présentent. Peu importe que celui qui réclame soit un créancier privilégié ou hypothécaire. Hypothécaires ou chirographaires, créanciers ou légataires, les premiers venus doivent être payés, puisqu'ils ne demandent en définitive que ce qui leur est dû : la négligence des autres ne doit point leur préjudicier.

§ X.—*De la renonciation de l'héritier à la qualité de bénéficiaire et de sa décharge.*

[[Notre code étant, sur ce sujet, plus détaillé que le code Napoléon — sous lequel, cependant, l'héritier bénéficiaire peut renoncer au bénéfice d'inventaire et se trouver déchargé de son administration — je vais traiter cette double question à part. Ces deux droits de l'héritier bénéficiaire sont énoncés en ces termes par l'article 677.

677. " L'héritier bénéficiaire peut en tout temps :—

1° " Renoncer, soit en justice, soit par acte devant notaire, " au bénéfice d'inventaire, pour devenir héritier pur et simple, " en donnant les mêmes avis que lors de son acceptation ;

2° " Rendre compte final en justice, en donnant les mêmes " avis que lors de son acceptation, et tous autres avis que le " tribunal ordonne, aux fins d'être déchargé de son adminis- " tration, soit qu'il ait légalement acquitté, par ordre de justice " ou extra-judiciairement, toutes les dettes de la succession, " soit qu'il les ait dûment payées jusqu'à la concurrence de la " pleine valeur de ce qu'il a reçu.

" Moyennant la décharge qu'il obtient du tribunal, il peut " retenir en nature les biens restant entre ses mains faisant " partie de l'hérédité."

Les codificateurs disent que cet article est nouveau, du moins quant à sa forme, mais qu'il n'est que l'extension et la suite naturelle de l'article 676 qui exige que l'héritier bénéficiaire donne un avis de sa qualité et qui prescrit le mode de paiement des créanciers et des légataires.

Il pourvoit à deux choses : 1° à la renonciation au bénéfice d'inventaire ; 2° à la décharge de l'héritier bénéficiaire.

1° *De la renonciation au bénéfice d'inventaire.*—Le bénéfice d'inventaire est un privilège que la loi accorde à tout héritier, mais qu'elle ne lui impose pas. C'est une mesure de précaution, mais une mesure onéreuse en même temps que

coûteuse, puisque l'héritier peut être forcé de fournir caution, et qu'il doit faire inventaire et rendre compte en justice de son administration. Cette mesure, tout en conservant aux créanciers de la succession les droits qu'ils pouvaient exercer contre le défunt, est moins avantageuse pour eux que l'acceptation pure et simple, puisque, dans ce dernier cas, ils ont recours contre les biens de l'héritier comme contre ceux du défunt. Permettre donc à l'héritier bénéficiaire de renoncer au bénéfice d'inventaire, c'est d'un côté le soustraire à ces charges et à ces frais et de l'autre améliorer la condition des créanciers, et l'on conçoit que la renonciation au bénéfice d'inventaire doit être admise. Ce n'est pas une renonciation à la succession, car l'acceptation, bien que faite sous bénéfice d'inventaire, est irrévocable, mais c'est la renonciation par l'héritier à la qualité de bénéficiaire pour se porter héritier pur et simple.

Cette renonciation, dit l'article 677, doit se faire soit en justice, soit par acte devant notaire : elle doit donc être expresse ; pas plus que dans le cas de la renonciation à une succession, il n'y a de renonciation au bénéfice d'inventaire tacite. Il faut de plus que cette renonciation soit accompagnée des mêmes avis que ceux que l'héritier bénéficiaire doit donner lorsqu'il accepte sous bénéfice d'inventaire. Elle peut, du reste, être faite en tout temps ; je ne verrais même pas objection à ce que l'héritier renonçât au bénéfice d'inventaire en présence d'une demande de reddition de compte ; le créancier n'en souffrirait pas, car l'héritier deviendrait débiteur personnel au lieu de simple comptable.

Mais ceux à qui la loi ne permet pas d'accepter autrement que sous bénéfice d'inventaire, comme les mineurs et les interdits, tant que dure la minorité ou l'interdiction, ne peuvent pas, il va sans dire, renoncer à cette qualité qui leur est imposée par la loi. Il en est autrement du mineur devenu majeur ou de l'interdit relevé de son interdiction, car ils jouissent dès lors de la plénitude de leurs droits. La femme mariée majeure peut également renoncer au bénéfice d'inventaire, pourvu que ce soit avec l'autorisation de son mari.

2° *De la décharge de l'héritier bénéficiaire.* — L'héritier sous bénéfice d'inventaire étant un administrateur et comme tel comptable de sa gestion, doit être déchargé de cette administration quand elle est terminée et qu'il a rendu ses comptes. Aussi, l'article 677 lui permet-il de rendre compte en justice même lorsqu'il n'a pas été poursuivi à cette fin ; au lieu d'être défendeur, il est alors demandeur puisqu'il somme les cré-

anciers de la succession de venir discuter son compte.

Le législateur indique deux cas où l'héritier bénéficiaire rendant ses comptes peut demander sa décharge. Ou bien il a acquitté, par ordre de justice ou extra-judiciairement, toutes les dettes de la succession, ou bien il les a payées jusqu'à concurrence de la pleine valeur de ce qu'il a reçu. Hors de ces deux cas, point de décharge possible, puisque l'héritier n'a pas encore complété sa gestion. Il faut également, quand les dettes de la succession n'ont pas été intégralement acquittées, que l'héritier ait réalisé tous l'actif de cette succession, car autrement son administration n'est pas finie. Mais comme il ne peut vendre les immeubles sans le consentement de tous les créanciers hypothécaires (art. 1325 C. P. C.), le refus de ces derniers de consentir à la vente, alors qu'il ne reste à réaliser que l'immeuble hypothéqué en faveur de leurs créances, ne devrait pas être un obstacle à la décharge de l'héritier, car il est au pouvoir de tout créancier hypothécaire de faire vendre l'immeuble et de cette vente résultera la réalisation du gage qu'il a stipulé.

La procédure à suivre est indiquée plutôt que tracée d'une manière précise ; l'héritier devra adresser une requête au tribunal concluant à sa décharge et déposer son compte au greffe. Il donnera les mêmes avis que lors de son acceptation, en spécifiant le jour où sa requête sera présentée, et si le tribunal trouve ces avis insuffisants, il pourra en ordonner d'autres. " La forme et le contenu du compte que doit rendre l'héritier " bénéficiaire ", dit l'article 682, " sont réglés au code de pro-" cédure civile ". Voyez les articles 521 et suivants de ce code.

Les créanciers et autres intéressés peuvent, bien entendu, débattre ce compte, et alors un véritable procès s'engagera sur leurs débats de compte ; ils peuvent également contester la requête de l'héritier et s'opposer à sa décharge. Tout ce que le code de procédure civile décrète à ce sujet, devra être observé.

L'héritier pourra porter au chapitre de la dépense ce qu'il a déboursé pour les fins de sa gestion ; ainsi, les frais des scellés s'ils ont été apposés, d'inventaire et même du compte de l'héritier bénéficiaire, peuvent être à la charge de la succession. C'est ce que l'article 681, copie textuelle de l'article 810 du code Napoléon, décrète en ces termes :

681. " Les frais de scellé, s'il en a été apposé, d'inventaire " et de compte sont à la charge de la succession."

L'administration de l'héritier est gratuite, elle ne doit donc pas être pour lui une source de dépenses. Cependant, disons avec Pothier (*Introd. au tit. 17 de la cout. d'Orléans*, nº **50**, aussi, *Successions*, ch. III, sect. III, art. 2, § 6) que l'héritier ne doit pas porter en dépense les frais des lettres et de leur entérinement (enregistrement), ces frais étant faits pour son intérêt personnel plutôt que pour la succession.

Règle générale, le compte doit être rendu en justice ; cependant les parties — si elles jouissent toutes de leurs droits — peuvent se contenter d'un compte à l'amiable et sans formalités de justice. L'article 678 consacre ce droit, qui d'ailleurs n'était pas douteux, en ces termes :

678. " L'héritier bénéficiaire peut aussi, de l'agrément de " tous les intéressés, rendre compte à l'amiable et sans forma- " lités de justice."

Si le compte est accepté par les intéressés ou si, après contestation, il est maintenu par le tribunal, la cour prononcera la décharge de l'héritier bénéficiaire. Il nous reste maintenant à préciser les effets de cette décharge.

Quant à l'héritier, aux termes de l'article 677, l'effet de cet décharge est de lui permettre de retenir en nature les biens restant entre ses mains faisant partie de l'hérédité. On suppose, dans ce cas, que tous les créanciers qui se sont présentés ont été payés, car, sans cela, l'héritier n'a le droit de garder aucune partie de l'actif de la succession.

Mais, que décider quant aux créanciers retardataires qui ne se sont pas présentés avant l'apurement du compte ?

L'article 679 répond à cette question en ces termes :

679. " Si la décharge est basée sur ce que l'héritier bénéfi- " ciaire a acquitté toutes les dettes, sans qu'il ait cependant " payé jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu, il n'est pas " déchargé à l'égard des créanciers qui se présentent dans les " trois ans de la décharge en établissant une cause satisfaisante " pour ne s'être pas présentés sous les délais voulus ; mais il " est tenu de les satisfaire tant qu'il n'a pas payé la pleine " valeur de ce qu'il a reçu."

" Cette disposition," disent les codificateurs, " ne se trouve " pas au code français, ni en propres termes dans les auteurs " antérieurs ; cependant elle paraît juste et conforme, sinon à " la lettre, du moins à l'esprit de ce que dit Pothier au lieu " cité au bas de l'article (*Successions*, ch. III, sec. III, art. 2,

" § 6) et au principe admis, quant aux légataires, par l'article " 809 du code Napoléon " (*a*).

Complétons la pensée du législateur en citant immédiatement l'article 680, et nous serons ensuite en position de préciser l'effet de la décharge de l'héritier bénéficiaire quant aux créanciers retardataires et de déterminer quel recours leur reste ouvert après que la décharge de l'héritier est devenue définitive.

680. " La décharge de l'héritier bénéficiaire ne préjudicie " pas au recours des créanciers non payés, contre le légataire " qui a reçu à leur préjudice, à moins qu'il n'établisse qu'ils " eussent pu être payés en usant de diligence, sans que le " légataire fût demeuré obligé envers d'autres créanciers qui " ont été payés au lieu du réclamant."

Ces textes nous mettront en mesure de répondre à deux questions :

1° Quel est l'effet de la décharge de l'héritier vis-à-vis des créanciers retardataires ?

2° Quel recours reste à la disposition de ces créanciers, quand la décharge de l'héritier est devenue définitive ?

Première question.—Nous avons vu que l'héritier bénéficiaire est un administrateur et qu'il est comptable de sa gestion envers les créanciers de la succession et les légataires. Mais, en même temps, il administre une chose dont il est saisi comme sienne, avec l'avantage toutefois de ne point confondre son patrimoine avec celui qui lui est échu par droit de succession, et, après le paiement des dettes et charges de la succession, ce qui reste du patrimoine du *de cujus* demeure sa propriété incommutable. En un mot, il administre pour lui-même et pour les créanciers et les légataires. A cause du compte qu'il doit à ceux-ci, il ne peut être déchargé de son administration, et son droit de propriété à ce qui reste de la succession ne peut être définitivement consolidé qu'après qu'il a acquitté toutes les dettes et charges de la succession. Pour cette raison il doit—à moins d'un consentement de tous les intéressés—rendre compte en justice, après avoir averti les créanciers et autres intéressés, par des avis publics, de sa reddition de compte et de sa demande de décharge. Il y a une autre

---

(*a*) L'article 809 du code Napoléon porte que les créanciers retardataires non opposants n'ont un recours à exercer que contre les légataires, et que ce recours se prescrit par trois ans à compter du jour de l'apurement du compte et du paiement du reliquat.

condition apposée à cette décharge : il faut que l'héritier fasse voir, ou bien qu'il a légalement acquitté, ce sont les termes de l'article 677, par ordre de justice ou extra-judiciairement, toutes les dettes de la succession, ou bien qu'il les a dûment payées jusqu'à concurrence de la pleine valeur qu'il a reçue. Ces annonces faites, ce compte rendu et approuvé, ces paiements effectués, l'héritier a droit à sa décharge, et moyennant cette décharge, il peut retenir en nature les biens restant entre ses mains faisant partie de l'hérédité.

Mais par " toutes les dettes de la succession," l'article 679 entend les dettes connues. L'héritier ne peut pas payer des dettes qu'il ne connaît pas. Pour atteindre autant que possible les créanciers ignorés, la loi prescrit la publicité qui précède la demande de décharge. Si après ces avis, l'apurement du compte et la prononciation de la décharge, un créancier se présente, il doit se reprocher son manque de diligence et de vigilance.

Cependant, afin de permettre à ces créanciers retardataires de réparer leur inaction, lorsqu'elle résulte de causes qui ne leur sont pas imputables, comme par exemple de leur éloignement, la loi leur accorde un délai de grâce, lequel cependant ne doit pas être trop long, car il importe de ne point éterniser l'état d'incertitude dans lequel se trouve l'héritier bénéficiaire qui, après avoir payé toutes les charges qu'il connaissait, a légalement obtenu sa décharge. Ce délai est de trois ans à compter de la décharge. Pendant ce délai, mais à la condition d'établir une cause suffisante pour ne s'être pas présentés sous les délais voulus, les créanciers retardataires peuvent exiger que l'héritier les satisfasse, tant qu'il n'a pas payé la pleine valeur de ce qu'il a reçu. Passé ce délai, leur recours contre l'héritier, quelle que soit d'ailleurs la cause de leur silence, est absolument éteint.

Mais est-ce là une prescription ? et si c'en est une, cette prescription court-elle contre les mineurs, les interdits ou autres incapables ? En France, l'article 809 du code Napoléon, parlant du recours du créancier retardataire contre les légataires, dit que ce recours se *prescrit* par trois ans ; donc le droit français fait de ce délai une véritable prescription. Je crois que l'accomplissement de ce délai dans notre droit forme une déchéance et non une prescription. Ainsi, on ne pourrait, par des actes interruptifs, en interrompre le cours. L'action du créancier retardataire contre l'héritier bénéficiaire portée dans les délais, vaudrait pour le recouvrement de sa créance ;

l'action en interruption de prescription n'aurait pas cet effet. Mais que ce soit prescription ou déchéance, l'accomplissement de ce délai peut être opposé aux mineurs, aux interdits et autres incapables. En effet, l'article 2269 dit que les prescriptions que la loi fixe à moins de trente ans, autres que celles en faveur des tiers-acquéreurs d'immeubles, avec titre et bonne foi, et celle en cas de rescision de contrat mentionnée en l'article 2258, courent contre les mineurs, les idiots, les furieux et les insensés, pourvus ou non de tuteurs ou de curateurs, sauf recours contre ces derniers. Cette disposition ne comporte aucune discussion.

Il reste donc établi que, passé le délai de trois ans à compter de la décharge, l'héritier retient en nature les biens restant entre ses mains faisant partie de l'hérédité, sans être exposé à aucune poursuite de la part des créanciers de la succession. Mais ces créanciers sont-ils alors sans remède et n'ont-ils pas un autre recours ? Ceci nous amène à la seconde question posée plus haut.

Seconde question.—Quel recours reste à la disposition des créanciers retardataires, quand la décharge de l'héritier est devenue définitive ?

Parlons d'abord des légataires contre lesquels un reçours existe aux termes de l'article 680. La décharge de l'héritier bénéficiaire, dit cet article, ne préjudicie pas au recours des créanciers non payés, contre le légataire qui a reçu à leur préjudice, à moins qu'il n'établisse qu'ils eussent pu être payés en usant de diligence, sans que le légataire fût demeuré obligé envers d'autres créanciers qui ont été payés au lieu du réclamant (*a*).

Cette disposition de l'article 680 est conforme aux principes du droit. Le légataire ne vient qu'après les créanciers, car les biens de la succession sont le gage de ces créanciers et permettre au légataire de concourir avec eux ou de leur être préféré, serait le payer avec ce qui est, en quelque sorte, le bien des créanciers. Donc, qu'un créancier se présente : en principe, que son retard lui soit ou non imputable, le légataire est tenu de le satisfaire sur ce qu'il a reçu.

Mais cette règle comporte une exception. Le créancier ne peut recourir contre le légataire s'il est établi que ce créancier

(*a*) Ce recours contre les légataires existe en France, mais aux termes de l'article 809 du code Napoléon, il se prescrit par trois ans à compter de l'apurement du compte et du paiement du reliquat.

eût été payé en usant de diligence, sans que le légataire fût demeuré obligé envers d'autres créanciers qui ont été payés au lieu du réclamant. Ainsi, l'héritier bénéficiaire est resté, après le paiement des créanciers et légataires connus et après sa décharge, en possession d'une partie considérable de l'actif de la succession. Ce reliquat, qui est resté entre ses mains, il l'a dissipé et il est, au jour de la poursuite du créancier contre le légataire, en état de déconfiture. Il est évident que si le créancier avait été diligent, il aurait été payé à même ce reliquat. Il est donc en faute, il a négligé de poursuivre sa créance sur des biens qu'il pouvait atteindre. Le légataire n'a donc pas reçu son legs au préjudice du créancier et il ne lui doit rien.

Combien dure ce recours du créancier contre le légataire qui a été payé à son préjudice ? La loi ne fixant pas, sous ce rapport, une prescription spéciale, comme le fait l'article 809 du code Napoléon, je crois qu'il y a lieu ici d'appliquer les règles ordinaires qui régissent les prescriptions.

Mais le créancier retardataire a-t-il un recours à exercer contre les créanciers de la succession qui ont été payés par l'héritier, aux fins de leur faire rapporter ce qu'ils ont reçu, pour que ces sommes soient de nouveau distribuées ? La question est controversée. Dans l'ancien droit, Pothier, dans son traité *Des Successions* (ch. III, sect. III, art. 2, § 6), se prononçait formellement pour la négative, mais en son *Introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans*, n° 51, il se contentait de rapporter l'avis de Lebrun, qui refusait ce recours, et celui de Rousseau de Lacombe, qui l'admettait. La controverse sur cette question n'a pas cessé en France par la confection du code Napoléon et les auteurs se partagent encore aujourd'hui en deux camps, la négative réunissant cependant le plus de suffrages (*a*).

Je crois que nous devons également décider que le créancier retardataire n'a aucun recours contre les créanciers plus diligents qui ont été payés par l'héritier bénéficiaire. Ces créanciers ont reçu ce qui leur appartenait. Ils ont été vigilants ; le retard du créancier non payé ne doit pas être un titre en sa faveur pour les dépouiller de leur bien. Ils peuvent dire : *Vigilavi, meum recepi : jus civile vigilantibus scriptum* (*b*). Le système contraire suppose que l'héritier n'a reçu les biens

---

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert sur les art. 808 et 809 C. N., n° 13. M. Baudry-Lacantinerie, n° 210, se prononce également pour la négative.

(*b*) Voy. Pothier, *Introd. au titre 17*, n° 51.

que comme receveur de tous les créanciers, et qu'il n'a payé ce qu'il a payé à chacun d'eux, que sous la condition tacite du rapport de ce que le créancier a reçu de plus qu'il ne lui revenait dans la distribution (*a*). Nos textes me paraissent repousser l'idée de ce rapport, car ils n'accordent au créancier retardataire qu'un recours contre le légataire, or *inclusio unius fit exclusio alterius*. D'ailleurs, de droit commun, le créancier n'est tenu de rapporter ce qu'il a reçu du débiteur commun au préjudice des autres créanciers que dans le cas de fraude (art. 1036). Rien de tel n'existe dans l'hypothèse qui nous occupe.

Observons que lorsque l'héritier bénéficiaire est lui-même créancier de la succession, il peut, en l'absence d'une distribution ordonnée en justice, se payer le premier, sans être, plus que les autres créanciers, tenu à aucun rapport en faveur des créanciers retardataires (*b*).

On enseigne, en France, que les créanciers sont tenus au rapport lorsqu'ils ont été payés par l'héritier au mépris d'une opposition. On se fonde sur les termes de l'article 809 du code Napoléon qui n'a pas été reproduit par notre code. Cet argument nous faisant défaut, il semble qu'il n'y a pas lieu d'admettre cette distinction dans notre droit, lorsque le créancier a reçu de bonne foi et dans l'ignorance de l'opposition. Un recours cependant existerait indubitablement contre l'héritier qui a dépassé ses pouvoirs.

§ XI. — *L'héritier bénéficiaire n'est pas exclu même en ligne collatérale, par le successible qui offre de se porter héritier pur et simple.*

L'article 342 de la coutume de Paris disait que l'héritier en ligne directe qui se porte héritier par bénéfice d'inventaire, n'est exclu par autre parent qui se porte héritier simple. Mais ce qu'on refusait d'admettre en ligne directe, on l'accordait en ligne collatérale. Les codificateurs ont généralisé la règle de l'article 342 de la coutume de Paris en l'étendant même à la ligne collatérale. C'est la disposition de l'article 683 qui est de droit nouveau et se lit ainsi qu'il suit:

683. " En ligne collatérale, de même qu'en ligne directe, " l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire n'est pas " exclu par celui qui offre de se porter héritier pur et simple."

(*a*) Pothier, *loc cit*.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 211.

Sous ce point, notre droit est conforme au droit français moderne, quoique le code Napoléon ne s'en explique pas.]]

§ XII. — *Des successeurs qui n'ont pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire.*

Nous avons dit, *supra*, pp. 268 et 269, que les *successeurs irréguliers* ne continuent pas la personne du défunt ; nous en avons conclu qu'ils ne sont tenus des dettes que dans la limite des biens qu'ils ont recueillis. Le bénéfice d'inventaire est donc inhérent à la dévolution des biens au profit des successeurs irréguliers (1). Ainsi il est inutile [[qu'ils demandent l'autorisation de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire.]] Néanmoins l'État et le conjoint appelés à défaut de parents sont tenus de faire inventorier les biens, non pas à l'effet d'acquérir le bénéfice d'inventaire, mais dans l'intérêt des héritiers qui pourraient plus tard se présenter (art. 640).

Remarquons aussi que le successeur irrégulier qui n'a pas fait procéder à l'inventaire peut être contraint de payer *toutes les dettes :* car en laissant confondre les biens du défunt avec ses biens personnels, il a tacitement reconnu que l'actif de la succession était au moins égal à son passif (art. 1287, argum. d'analogie).

SECTION IV.—DES SUCCESSIONS VACANTES.

La succession *en déshérence* est dévolue [[au souverain]] (article 637) ; la succession *vacante* est pourvue d'un curateur (art. 685).

La succession est *en déshérence* lorsqu'il est *constant* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur ; la succession est *réputée en déshérence* lorsqu'il ne se présente personne pour la réclamer et qu'il n'y a pas d'héritier connu, en d'autres termes, lorsqu'il est *probable* que le défunt n'a laissé aucun héritier ni aucun successeur.

La succession *réputée* en déshérence peut-elle être attribuée [[au souverain ?]] Sans aucun doute ! Nous voyons, en effet, dans l'article 638, que [[le souverain]] qui réclame une succession doit faire confectionner un inventaire ; or, cette mesure

---

(1) Nous rappelons que, suivant M. Demolombe (t. 13 n° 160), les successeurs irréguliers sont tenus des dettes *ultra vires* quand ils n'acceptent point sous bénéfice d'inventaire (voy., *supra*, p. 269, note (1).

conservatoire n'a évidemment d'autre but que de sauvegarder les intérêts des héritiers qui pourront plus tard se présenter (art. 640). La loi suppose donc que [[le souverain]] peut appréhender la succession *quoiqu'il ne soit pas certain, démontré*, que le défunt n'a laissé aucun successible.

La succession est *vacante* lorsqu'il ne se présente personne, *pas même* [[le souverain,]] *pour la réclamer*. [[C'est la disposition de l'article 684, qui reproduit en substance l'article 811 du code Napoléon. " Après l'expiration des délais pour faire " inventaire et pour délibérer," dit notre article," s'il ne se " présente personne qui réclame la succession, s'il n'y a pas " d'héritiers connus, ou s'ils ont renoncé, cette succession est " réputée vacante."]] Mais, dira-t-on, [[le souverain]] se présentera toujours. Je réponds qu'il est possible : 1° que les agents du fisc ignorent l'ouverture de la succession ; 2° que leur demande d'envoi en possession soit rejetée par le tribunal, qui sait ou qui présume que des personnes existent qui ont droit à la succession ; [[3° la succession peut être notoirement mauvaise (*a*).]]

Lorsque les héritiers du degré le plus proche renoncent, et que les personnes appelées à leur défaut *sont connues* et restent dans l'inaction, la succession *est vacante ;* l'article 657 est formel à cet égard, et sa décision est fort logique. Lorsqu'un héritier *saisi* est *connu*, la succession ne doit pas être déclarée vacante : car alors il existe un représentant de la succession ; les créanciers ont un contradicteur légitime, ils peuvent agir contre lui. [[Mourlon explique facilement le principe que la succession est vacante, lorsque les héritiers les plus proches ont renoncé, en disant qu'alors personne n'est saisi. J'ai adopté, au contraire, l'opinion que la saisine est successive et que, sur la renonciation du premier appelé, le second est saisi de la succession, sauf la résolubilité de son droit, si, avant son acceptation, le renonçant revient sur sa renonciation (*b*). Aussi, je n'adopterais pas la doctrine exposée dans le texte, si nous n'avions, dans notre droit, la disposition de l'article 1327 du code de procédure civile, laquelle ne

---

(*a*) En France, il a été enjoint aux agents du fisc, par une circulaire ministérielle, d'accepter les successions présumées sans maître, même lorsqu'elles sont notoirement mauvaises. Ici, les représentants du souverain agissent ou non suivant les circonstances et n'accepteraient pas une succession qui n'entraînerait que des frais d'administration.

(*b*) Voy., *supra*, pp. 419-421.

laisse place à aucun doute.]] Le système contraire entraînerait, d'ailleurs, des inconvénients fort graves : car, avant d'arriver à la nomination d'un curateur, les créanciers seraient obligés, en cas de renonciations successives, de parcourir tous les degrés de parenté, depuis le premier jusqu'au douzième (1) !

[[Cette solution, je l'ai dit, s'impose dans notre droit en vue des termes formels de l'article 1327 du code de procédure civile. Voici cette disposition :

" Si l'héritier présomptif ou testamentaire répudie la succes-" sion," dit ce dernier article, " *et que personne ne se présente* " *pour la recueillir* dans les délais pour faire inventaire et " délibérer, *ou encore s'il n'y a pas d'héritier connu*, la suc-" cession est réputé vacante." Cet article prévoit évidemment deux cas : 1° l'inaction des autres successibles lorsque l'héritier présomptif a renoncé ; 2° la non-existence d'héritiers connus. D'ailleurs, l'article 687 du code civil paraît viser le cas d'un héritier connu ou non qui se repentirait de son inaction. La cour d'appel s'est prononcée dans ce sens dans la cause de *Viger & Robitaille* (4 D. C. A., p. 372).]]

En somme, [[dans deux cas, la succcession est considérée comme vacante.]] Il faut : 1° que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés, [[et]] qu'il ne se présente personne, pas même [[le souverain,]] pour la réclamer ; 2° [[ou bien]] qu'il n'y ait point d'héritiers connus, ou que les héritiers connus y aient renoncé (art. 684) (*a*).

Toutefois, quelques personnes pensent que les créanciers peuvent faire nommer un curateur, non-seulement lorsque personne ne réclame la succession, mais encore au cas où elle est réclamée par un successeur irrégulier. On sait, en effet, qu'il peut s'écouler un temps assez long entre la demande d'envoi en possession et le jugement ; or, il est possible qu'un créancier ait un intérêt légitime à poursuivre immédiatement, par exemple, si sa créance est sur le point d'être prescrite.

---

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 112, et t. 1er, p. 586 ; Val. [[M. Baudry-Lacantinerie (n° 213) enseigne, au contraire, qu'il faut que tous les héritiers légitimes connus, jusqu'au douzième degré, aient successivement renoncé pour que la succession soit réputée vacante. J'ai dit dans le texte que cette opinion est inadmissible dans notre droit, car l'inaction des successibles plus éloignés suffit pour entraîner la vacance de la succession, mais je l'adopterais si nous n'avions que l'article 684.]]

(*a*) J'ai changé le texte de Mourlon qui enseigne qu'il y a trois cas, conclusion que j'adopterais si la disposition de l'article 1327 du code de procédure civile n'existait pas dans notre droit ; ainsi ma première condition représente les deux premières de Mourlon.

Dans cette hypothèse, le créancier peut demander que la succession soit munie d'un curateur, contre lequel il puisse agir à l'effet de sauvegarder son droit compromis (1).

D'autres enseignent, au contraire, qu'il n'y a point lieu à nommer un curateur, puisque la succession n'est point vacante. Le tribunal ordonnera, disent-elles, les mesures qu'il croira convenables. Ainsi, il pourra confier l'administration de la succession, soit à un tiers gérant, soit au successeur lui-même ; mais cette administration provisoire diffèrera essentiellement de celle du curateur et ne devra comprendre que des actes d'urgence (2).

[[Dans la cause de *Viger* & *Robitaille* (4 D. C. A., p. 372), la cour d'appel a jugé qu'une succession devient vacante par la renonciation d'un légataire universel à son legs, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux héritiers ou représentants d'un autre degré. Elle a infirmé le jugement de la cour de révision (M. L. R., 1 C. S., p. 409) (*a*), qui avait décidé que la renonciation d'un légataire universel unique ne rend pas la succession vacante s'il reste d'autres héritiers au testateur.

Dans la cause de *Dumphy* v. *Turcotte* (18 R. L., p. 236), le juge DeLorimier a jugé que la réclamation par la couronne de la succession d'une personne condamnée à la peine capitale, empêche que cette succession ne puisse être considérée comme vacante.

L'arrêt rendu par le juge Cimon dans la cause de *Dechesne* v. *Beaulieu* (R. J. Q., 6 C. S., p. 8), ne fait qu'affirmer le principe de l'article 684]]

Lorsque la succession est vacante, toutes personnes intéressées, les créanciers, les légataires, les associés du défunt, etc., peuvent demander au tribunal de l'ouverture de la succession, [[ou à l'un de ses juges,]] la nomination d'un curateur.

[[C'est la disposition de l'article 685 qui se lit comme il suit :

685. " Sur la demande de toute partie intéressée, un cura-" teur est nommé à cette succession vacante par le tribunal ou

---

(1) MM. Toullier, t. 4, n° 292 ; Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 151 ; Val.

(2) MM. Dur. t. 6, n° 352, et t. 7, n° 60 ; Dem., t. 3, n° 135 *bis*, I; Demol., t. 15, n° 405 ; Aubry et Rau, t. 6, § 641, p. 726, note 2 ; Laurent, t. 10, n° 185. Voy. aussi l'arrêt de cassation, du 17 août 1840 (Sir., 40, 1, 759). [[Cette dernière opinion me paraît préférable. Voy. la cause de *Dumphy* v. *Turcotte*, *infra*.]]

(*a*) La cause porte dans ce rapport le titre de *La Banque Ville-Marie* v. *Rocher* & *Viger*.

" par un des juges du tribunal de première instance du district
" où elle s'est ouverte.

" Cette nomination se fait en la manière et avec les forma-
" lités réglées au code de procédure civile " (*a*).

Nous trouvons une disposition analogue dans l'article 1332 du code de procédure civile qui dit que, " lorsqu'une succession
" est réputée vacante, il est loisible à tout créancier ou léga-
" taire, et même à l'héritier qui a renoncé, de provoquer la
" nomination d'un curateur à la succession vacante."

L'héritier qui a renoncé peut être créancier et indépendamment de cela, comme il peut toujours revenir sur sa renonciation, il est intéressé à ce que les biens de la succession ne se dissipent pas.

L'article 1333 du code de procédure indique les formalités de la nomination de ce curateur. " Il est procédé par le juge à
" cette nomination ", dit-il, " sur avis des parents et créanciers
" du défunt convoqués en la manière prescrite par le juge."

Le curateur ainsi nommé est un curateur aux biens, c'est-à-dire un simple administrateur (art. 347 C. C.).

Les obligations du curateur sont énoncées à l'article 686 du code civil et à l'article 1334 du code de procédure.

" Ce curateur ", dit l'article 686, " donne avis de sa qualité,
" prête serment et fait avant tout procéder à l'inventaire ; il
" administre les biens de la succession, en exerce et poursuit
" les droits, répond aux demandes portées contre elle, et rend
" compte de son administration " (*b*).

L'article 1334 du code de procédure civile entre en plus de détails. Il se lit comme il suit :

1334. " Le curateur est tenu :

1° " De faire serment d'administrer fidèlement et au meil-
" leur de ses capacités, les biens de la succession et d'en rendre
" compte ;

2° " De donner avis de sa nomination, de la même manière
" que le curateur aux biens d'une corporation éteinte ;

3° " De faire faire inventaire des biens en observant les
" mêmes formalités que dans les successions ordinaires ;

4° " De procéder à vendre les effets mobiliers, en observant
" les mêmes formalités que dans les successions où il y a des
" mineurs."

(*a*) Cet article est au même effet que l'article 812 du code Napoléon.

(*b*) Cet article ressemble à l'article 813 du code Napoléon, sauf que ce dernier article exige que le curateur verse les deniers de la succession et ceux qu'il perçoit dans la caisse du receveur de la régie nationale.

Et quant à l'obligation du curateur de rendre compte de sa gestion, l'article 1336 du code de procédure ajoute : " Il est " tenu de rendre compte de sa gestion de la même manière que " tout autre curateur, et aussi de temps à autre lorsqu'il en est " requis par le tribunal ou par le juge." Il est permis de croire que ce dernier compte est un compte sommaire fourni sans frais ni formalités de justice, comme le compte que le tuteur peut être requis de présenter de temps en temps à la demande d'une partie intéressée (art. 309).

Les pouvoirs du curateur sont, nous l'avons vu, ceux d'un simple administrateur. L'article 1335 du code de procédure civile, d'après le texte de l'article 6022 S. R. P. Q., définit ses pouvoirs quant à la vente des immeubles et actions de la succession. Cet article est en ces termes :

1335. " Il peut vendre les immeubles et actions dans les " compagnies industrielles ou financières, en suivant les forma- " lités établies par la loi pour les licitations volontaires, sur " avis des intéressés présents à une assemblée convoquée à " cette fin en la manière prescrite par le juge.

" Cette vente ne peut se faire, quant aux immeubles, que du " consentement de tous les créanciers hypothécaires " (*a*).

L'article 1335 ne parle que des immeubles et des actions : les formalités pour la vente des meubles sont énoncées au § 4 de l'article 1334 C. P. C. ; ce sont les mêmes que dans les successions où il y a des mineurs. C'est dire que la vente doit se faire en justice.

Si le curateur ne remplit pas ces formalités la vente est nulle ; nous avons vu qu'il en est autrement de l'héritier bénéficiaire.

L'article 688 du code civil complète ce qu'il peut y avoir d'incertain dans les articles que je viens de citer. Il dit que " les dispositions de la section troisième du présent chapitre " sur la forme de l'inventaire, sur les avis à donner, sur le " mode d'administration et sur les comptes à rendre de la part " de l'héritier bénéficiaire, sont applicables aux curateurs aux " sucessions vacantes " (*b*).

J'ai passé un peu rapidement sur ces articles, qui a proprement parler ne sont que des dispositions de procédure. Je puis

---

(*a*) Les remarques que j'ai faites au sujet de l'article 1325 C. P. C., voy. *supra*, p. 454, note (*a*), s'appliquent à l'article 1335, les deux textes étant identiques.

(*b*) Cet article est au même effet que l'article 814 du code Napoléon.

du reste en faire comprendre la portée en citant quelques arrêts.

Nous trouvons d'abord quelques décisions antérieures au code.

Dans la cause de *Tessier* v. *Tessier* (2 L. C. R., p. 63), il a été jugé que le curateur à une succession vacante ne peut pas être poursuivi par un tiers auquel il aurait transporté sa créance contre la succession, le curateur ne pouvant se poursuivre lui-même, ou se faire poursuivre par son propre cessionnaire. Cette conclusion pourrait peut être être contestée ; à tout événement il est clair que le curateur ne doit pas perdre les créances personnelles qu'il a contre la succession.

Dans la cause de *Valleau* & *Oliver* (2 L. C. R., p. 462), la cour d'appel a décidé que le créancier qui a obtenu un jugement contre le curateur à une succession vacante, peut valablement diriger une action personnelle contre ce curateur pour lui faire rendre compte de sa gestion. Ce point n'est pas douteux.

Dans la cause de *Sexton* v. *Boston* (6 L. C. R., p. 180), il s'agissait de l'intérêt que celui qui s'est mis en possession de la succession peut avoir de contester la qualité de curateur. La cour supérieure a jugé que le défendeur ne justifiait pas d'un intérêt suffisant en alléguant que le défunt était décédé aux Etats-Unis, que sa succession était échue à ses héritiers et qu'il n'y avait pas de succession vacante en ce pays, que le curateur avait été nommé curateur sans nécessité et sans avis, sur requête d'un individu qui n'était ni parent, ni créancier du défunt, et qui n'avait pas d'intérêt dans la succession, et sur l'avis de personnes qui n'avaient ni la qualité de parents ou de créanciers ni intérêt dans la succession.

Enfin, le dernier arrêt avant le code est celui qui a été rendu par le juge Meredith, dans la cause du *Procureur général* v. *Price* (9 L. C. R., p. 12), à l'effet, que lorsqu'une succession est réclamée à titre de déshérence ou de bâtardise par la couronne, les créanciers de la succession ont le droit de faire valoir leurs réclamations, au moyen d'une action en reddition de compte contre le curateur, avant que la succession puisse être transférée à la couronne.

Nous trouvons également quelques arrêts depuis la codification.

Dans la cause de *Lamarche* & *Pauzé* (3 D. C. A., p. 265 et 27 L. C. J., p. 347), la cour d'appel a jugé que le curateur ne représente que la succession et le défunt, et qu'il ne peut

demander la nullité d'un acte fait par le défunt en fraude de ses créanciers, cette action n'appartenant qu'aux créanciers. Il s'agissait, dans l'espèce, de la contestation d'une opposition à une saisie faite à la poursuite du curateur.

Dans la cause de *La Banque Ville-Marie* v. *Rocher* (M. L. R., 1 S. C., p. 409), la cour de révision a décidé que le curateur nommé à une succession vacante par suite de la renonciation des légataires ou héritiers, n'a que les droits qu'auraient eus ces légataires ou héritiers (*a*).

Enfin, dans l'affaire de *Lamothe, exparte* (M. L. R., 3 C. S., p. 147), le juge Taschereau a jugé que les formalités prescrites par la loi, pour la vente par le curateur des biens meubles et immeubles d'une succession vacante, sont impératives, et que le juge ne peut sous aucune circonstance en permettre la vente sur simple requête.

La curatelle à une succession vacante doit nécessairement tomber devant la réclamation d'un héritier qui déclare accepter la succession, car alors cette succession n'est pas vacante. Ce principe qui d'ailleurs n'est pas douteux est énoncé en ces termes par l'article 687 :

" Après la nomination du curateur, s'il se présente un héri-
" tier ou légataire prétendant à la succession, il lui est loisible
" de faire mettre la curatelle de côté pour l'avenir et d'obtenir
" la possession, sur action devant le tribunal compétent, en
" justifiant de ses droits " (*b*).

Naturellement, l'héritier prend la succession dans l'état où elle se trouve et ne peut attaquer les actes faits par le curateur dans la limite de ses pouvoirs.

Section V.—Droits sur les successions.

En 1892, la législature de la province de Québec a imposé, par le statut 55-56 Vict., ch. 17, certains droits sur les successions, tant *ab intestat* que testamentaires. Ce statut a été modifié depuis par les lois 57 Vic., ch. 16, 58 Vic., ch. 16 et 59 Vic., ch. 17. Je rendrai compte des dispositions de ces lois brièvement, telles qu'elles sont actuellement en vigueur.

En vertu de l'article 1191*b*, ajouté aux statuts refondus de la province de Québec, " toute transmission, par décès, de pro-

(*a*) Cette décision a été infirmée en appel (4 D. C. A., p. 372), mais il paraît n'y avoir pas été question des pouvoirs du curateur.

(*b*) Il n'y a pas d'article semblable au code Napoléon.

" priété, d'usufruit ou de jouissance de biens mobiliers ou " immobiliers, situés dans la province, est frappée des droits " suivants, sur la valeur du bien transmis, déduction faite des " dettes et charges existant au moment du décès :—

1. " En ligne directe, descendante ou ascendante ; entre " époux ; entre beau-père ou belle-mère et gen- " dre ou belle-fille :

" Dans les successions dont la valeur, déduction " faite des dettes et charges existant au mo- " ment du décès :

(*a*) " N'excède pas trois mille piastres, nulle taxe " n'est exigible.

(*b*) " Excède trois mille piastres, mais n'excède pas " cinq mille piastres, sur chaque cent piastres " en valeur au-dessus de trois mille piastres.. ½°/ₒ

(*c.*) " Excède cinq mille piastres, mais n'excède pas " dix mille piastres, sur chaque cent piastres en " valeur au-dessus de trois mille piastres..... 1°/ₒ

(*d*) " Excède dix mille piastres, mais n'excède pas " cinquante mille piastres, sur chaque cent " piastres en valeur au-dessus de trois mille " piastres .... 1¼°/ₒ

(*e*) " Excède cinquante mille piastres, mais n'excède " pas cent mille piastres, sur chaque cent pias- " tres en valeur au-dessus de trois mille piastres. 1½°/ₒ

(*f*) " Excède cent mille piastres, mais n'excède pas " deux cent mille piastres, sur chaque cent " piastres en valeur au-dessus de trois mille " piastres.............................. 2%

(*g*) " Excède deux cent mille piastres, sur chaque " cent piastres en valeur au-dessus de trois " mille piastres.......................... 3°/ₒ

" Pour les fins des alinéas (*a*), (*b*), (*c*), (*d*), (*e*), " (*f*), *et* (*g*), la somme de trois mille piastres " doit être déduite de la succession entière, et " non de la part de chaque personne avantagée.

2. " En ligne collatérale :

(*a*) " Si le successeur est frère, sœur ou descendant " du frère ou de la sœur du défunt......... 3°/ₒ

(*b*) " Si le successeur est frère ou sœur ou descen- " dant du frère ou de la sœur du père ou de la " mère du défunt....................... 5°/ₒ

(c) " Si le successeur est frère, sœur ou descendant
" du frère ou de la sœur de l'aïeul ou de l'aïeule
" du défunt............................... 6°/。
(d) " Succession entre tous autres collatéraux.... 8°/。
3. " Si le successeur n'est pas un parent "............ 10°/。

On le voit, cette disposition confond les différents ordres de succession, range les successions déférées à l'époux dans la même catégorie que les successions en ligne directe (alors que les époux ne sont que successeurs irréguliers), et y comprend également des alliés qui ne succèdent pas, comme les gendres et beaux-pères, belle-filles et belles-mères. Elle vise, dans ce dernier cas, bien entendu, les dispositions testamentaires qui seules peuvent gratifier des alliés. Dans la ligne collatérale, l'oncle paiera un droit plus fort que l'arrière petit-neveu.

Les seuls alliés qui sont mentionnés sont ceux de la ligne directe, les gendres et beaux-pères, belles-mères et belles-filles ; les autres payeront la taxe imposée au successeur qui n'est pas parent. La loi aurait pu ranger, en ligne collatérale, et pour les successions testamentaires, les alliés avec les parents au même degré, comme elle l'a fait pour la ligne directe, mais sa disposition ne me paraît pas susceptible de discussion sur ce point.

Aux termes de l'article 1191*c* S. R. P. Q., " dans le cas de " transport de propriété avec usufruit ou substitution, les " droits sont payables par l'usufruitier ou l'héritier substitué " (le texte anglais dit " *institute,*" il s'agit du grevé) et ne sont " exigibles d'aucun autre bénéficiaire en vertu du même acte."

L'article 1191*d* règle ainsi qu'il suit la perception de ces droits :

1191*d* " Tout héritier, légataire universel, légataire à titre " universel ou légataire à titre particulier, exécuteur, fidéi- " commissaire, administrateur ou notaire qui a reçu un testa- " ment, doit, dans les trente jours qui suivent le décès du testa- " teur ou du *de cujus*, transmettre au percepteur du revenu " de la province, du district où le testateur est mort ou dans " lequel la succession est ouverte, une copie du testament, s'il " en existe, et ces personnes, sauf le notaire, doivent déposer " aussi, dans les trois mois, entre les mains de ce percepteur, " une déclaration sous serment contenant le nom, surnoms, " occupation et domicile du déclarant, les noms, surnoms et " domicile du testateur ou du *de cujus*, la description et l'in- " dication de la valeur réelle de tous les biens transmis, et

" un état détaillé des dettes et charges de la succession, faisant " connaître les noms, prénoms, résidence et occupation de tous " les créanciers ; et, de plus, l'indication de la nature et de la " valeur de la part du déclarant dans la succession, déduction " faite des dettes et charges par lui payables, dont un état " détaillé avec les noms, prénoms, résidence et occupation des " créanciers, doit également être donnée.

" La déclaration dûment faite par une des personnes ci- " dessus libère les autres en ce qui regarde cette déclaration.

2. " Dans le cas où il est produit par un des bénéficiaires, " dans les trois mois susdits, une déclaration intérimaire, sous " serment, attestant qu'il est impossible de remettre dans ce " délai la déclaration mentionnée dans le paragraphe précé- " dent, le percepteur peut le prolonger de soixante jours et un " autre délai de pas plus de six mois peut être accordé par le " trésorier de la province.

3. " Sur réception de la déclaration en premier lieu men- " tionnée, ce percepteur doit faire préparer un état des droits " que le déclarant doit payer.

4. " Ce percepteur doit prévenir le déclarant du montant " dû comme susdit, par lettre chargée envoyée à son adresse, " et lui notifier de la payer dans les trente jours de l'envoi de " l'avis ; et si le montant ne lui est pas payé au jour fixé, le " percepteur peut en poursuivre le recouvrement devant toute " cour de juridiction compétente de son district.

5. " Nul transport des biens d'une succession n'est valide et " ne constitue un titre, si les droits payables, en vertu de " cette loi, n'ont pas été payés ; et aucun exécuteur, fidéicom- " missaire, administrateur, curateur, héritier ou légataire ne " peut consentir à un transport, ni au paiement des legs, à " moins que ces droits n'aient été payés.

6. " Dans le cas où une déclaration, ainsi requise, n'est pas " faite dans les délais prescrits ou dans tout délai supplémen- " mentaire qui a pu être accordé, ou dans le cas où elle contient " une déclaration fausse ou inexacte relative à la valeur ou à " toute autre matière, de doubles droits sont dus et exigibles " en faveur de Sa Majesté, et la personne en défaut est passible " d'une amende de cent piastres, et, à défaut de paiement, d'un " emprisonnement d'un mois, sans préjudice de tout autre " recours."

Cette longue et assez indigeste disposition renferme une exigence très rigoureuse qu'il sera souvent bien difficile de remplir. Il paraît en résulter que les droits se divisent parmi

les cohéritiers, puisque le percepteur "doit faire préparer un "état des droits que le déclarant doit payer." Mais un successible ne serait tenu de faire cette déclaration que s'il prend la qualité d'héritier.

Mais qui est débiteur de ce droit, est-ce la succession ou l'héritier ? La question n'est pas sans intérêt puisque, dans le cas d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire ou de séparation de patrimoines, il peut-être question d'un concours entre les créanciers de la succession et ceux de l'héritier.

On enseigne, en France, que l'héritier bénéficiaire est tenu personnellement, comme l'héritier pur et simple, d'acquitter dans le délai de la loi les droits de mutation par décès, et qu'il n'est pas nécessaire d'attendre qu'il ait rendu compte du bénéfice d'inventaire. Mais on juge que l'héritier bénéficiaire peut porter ces droits en compte et qu'il doit en être remboursé par préférence sur l'actif de la succession ; on a même décidé qu'il était subrogé aux droits de la régie, mais que ses droits ne sont pas plus étendus que ceux de l'administration. Quant à l'amende encourue pour défaut d'acquittement des droits de mutation dans le délai légal, on décide qu'elle est à la charge de la succession et non de l'héritier bénéficiaire, alors d'ailleurs que, pendant le délai, il n'y avait pas dans la caisse de la succession des sommes suffisantes pour acquitter ces droits (*a*).

Nous n'avons pas encore de jurisprudence sur cette loi qui ne date que de quatre ans, mais les décisions que je viens de rapporter me paraissent justes et raisonnables.

Je n'ai pas besoin de citer les autres dispositions de cette loi lesquelles sont de l'ordre purement administratif, sauf l'article 1191*h* qui porte que toute somme due à la couronne, en vertu de cette loi, est une dette privilégiée prenant rang, concurremment avec tout autre privilège de la couronne, immédiatement après les frais de justice.]]

(*a*) Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art 802 C. N., nos 12 à 18.

CHAPITRE V.—Du partage et des rapports.

Section I.—De l'action en partage et de sa forme.

I. *Indivision.—Définition du partage.*

Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux acquiert un droit sur chaque objet de la succession et sur chacune des molécules de chaque objet. On appelle *indivision* ce concours de droits rivaux qui se rencontrent, se réunissent, se confondent dans chaque objet de l'hérédité. Le partage fait cesser l'indivision, en limitant le droit général de chaque héritier à certains objets déterminés, qui désormais lui appartiennent *exclusivement.*

En réalité, le partage est un *échange* que font entre eux les cohéritiers. Chacun d'eux cède aux autres le droit qu'il a sur les objets qui leur sont attribués et reçoit en échange le droit qu'ils ont sur les objets mis dans son lot. Mais le code est partie d'une autre idée. Nous trouverons, en effet, quand nous étudierons l'article 746, une *fiction de droit* dont le résultat est de faire considérer chaque héritier comme ayant toujours eu un droit exclusif sur les objets qui lui sont attribués, et, par suite, comme ayant toujours été étranger aux biens mis dans le lot de ses cohéritiers : en sorte que chacun d'eux est *réputé*, quant aux objets qu'il reçoit pour sa part, avoir *succédé* SEUL *au défunt.*

Ainsi, *en réalité*, le partage est un échange, et, par conséquent, pour chacune des parties un titre d'acquisition et d'aliénation : *le partage est* TRANSLATIF *de propriété.* Cela était admis chez les Romains. Sous l'empire du code, le partage n'est pas un échange ; ce n'est ni un titre d'acquisition, ni un titre d'aliénation : aucune partie n'acquiert, aucune partie n'aliène. Le partage n'a d'autre effet que de déterminer les objets relativement auxquels chaque héritier est censé avoir succédé seul au défunt. Aussi dit-on qu'il est, non pas *translatif*, mais simplement DÉCLARATIF de propriété. Nous pouvons donc le définir : l'acte qui fait cesser l'indivision en déterminant, en faisant connaître les biens à l'égard desquels chaque héritier *est censé avoir succédé seul au défunt.*

II. — *Du droit qu'a chaque héritier de sortir de l'indivision*

Tant que dure l'état d'indivison, aucun des héritiers n'a le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer *définitivement* les biens communs. L'aliénation qu'il consent étant subordonnée aux résultats incertains du partage (art 746). on conçoit qu'il trouvera rarement des tiers disposés à traiter avec lui. L'état d'indivision est donc un obstacle à la circulation des biens, une atteinte au crédit public.—I. est, de plus, nuisible à l'exploitation, à l'amélioration des biens. On s'attache à une chose, on la cultive avec soin, on l'améliore, quand elle est à nous ; il n'en est pas de même de celle qui peut être à nous ou à un autre.—Enfin, il fait naître des rixes et engendre des procès. Des *rixes :* car, si l'un des héritiers veut faire tel ou tel acte d'administration, un autre a le droit de s'y opposer, conformément au principe : *in pari causa, melior est causa prohibentis.* Des *procès :* car chaque héritier a des comptes à rendre : l'un a perçu des fruits, celui-là a fait des dépenses, un autre a détérioré des biens ; de là des conflits d'intérêts, toujours difficiles à régler.

Ainsi, l'état d'indivision est contraire à l'intérêt général, à l'ordre public. De là les conséquences suivantes [[qui sont énoncées en même temps que l'exception que cette règle comporte, par l'article 689, dont voici le texte :

689. " Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivi-
" sion ; le partage peut toujours être provoqué nonobstant
" prohibition et convention contraires.

" Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage
" sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque
" raison d'utilité qui justifie ce retard " (*a*).

(*a*) Le premier alinéa de l'article 689 reproduit textuellement l'alinéa correspondant de l'article 815 du code Napoléon ; le second alinéa diffère sous deux rapports du deuxième alinéa de l'article 815. Et d'abord, la convention différant le partage ne peut, en France, être faite pour un terme excédant cinq ans, bien qu'elle puisse être renouvelée par une nouvelle convention. En cela, le code Napoléon a innové ; l'ancien droit ne fixait aucune telle limite et notre code est sous ce rapport fidèle à l'ancienne jurisprudence. La cenvention ou l'ordre qui diffère le partage doit dans notre droit être motivé par " quelque raison d'utilité," le code Napoléon n'indique pas ce motif, mais il est clair qu'il le suppose. La deuxieme différence, c'est que notre code dit qu'il peut être convenu ou ordonné que le partage sera différé, etc. Le code Napoléon ne parle que de la convention. Le but de notre disposition est de permettre à un testa-

Deux conséquences découlent donc de la disposition de ce article :]]

1° Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, et, quoique cet état convienne *à tous les héritiers* moins un seul, celui qui en veut sortir peut le faire cesser en forçant ses cohéritiers de procéder au partage ;

2° La convention par laquelle les héritiers s'engagent à rester dans l'indivision ne lie aucune des parties ; chacune d'elles conserve intact le droit de provoquer le partage.

Toutefois, les cohéritiers pouvant avoir, dans beaucoup de cas, un intérêt légitime à retarder pendant quelque temps le partage des biens, la loi leur a permis de convenir que le partage ne pourra pas avoir lieu pendant un certain temps. [[Cette faculté appartient également au testateur qui peut imposer l'indivision à ses légataires pendant le temps qu'il croit juste et raisonnable.]]

La convention de rester dans l'indivision peut-être renouvelée ; [[c'est ce que l'article 815 du code Napoléon décide formellement. Notre article ne parle pas du renouvellement de la convention, mais puisqu'il permet au parties de fixer elles-même la période d'indivision, il est clair qu'on ne saurait leur refuser le droit d'étendre encore le délai qu'elles avaient déterminé.

L'article 690 complète la règle de l'article 689. Il dit que " le partage peut-être demandé même quand l'un des cohéritiers " aurait joui séparément de partie des biens de la succession, " s'il n'y a eu un acte de partage ou possession suffisante pour " acquérir la prescription " (*a*).]]

Tant que dure l'*état d'indivision*, dure le droit d'en sortir : l'action en partage est perpétuelle. Ainsi, la prescription ne peut pas fonder l'état permanent d'indivision. Qu'est-ce, en effet, que la prescription ? une présomption légale d'une cause antérieure et légitime d'acquisition ou de libération (*b*) ! Lors donc qu'un héritier invoque la prescription contre son cohéritier qui demande le partage, il affirme qu'il a acquis antérieurement, par une convention faite avec lui, le droit de le forcer à rester toujours dans l'indivision ; or, cette convention est prohibée

---

teur d'ajourner le partage. Bon nombre d'auteurs lui reconnaissent ce droit en France, mais la question est controversée. Sous ce point encore, notre article est conforme à l'ancien droit.

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 816 du code Napoléon.

(*b*) Cette théorie sera examinée en temps et lieu.

par la loi, elle ne lie point ceux qui l'on faite : le droit de sortir d'indivision est donc imprescriptible.

Mais l'action en *partage*, qui dure tant que dure l'*indivision*, s'éteint naturellement dès que cesse l'indivision.

L'indivision cesse, et avec elle l'action en partage, dans deux cas :

1° *Lorsqu'il y a eu un acte de partage...* — " Un *acte* de partage..." Faut-il conclure de ces mots que le partage ne peut jamais être prouvé que par *écrit*, qu'il ne peut pas l'être par témoins, dans le cas où, selon le droit commun, ce genre de preuve est admis (art. 1233) ? Le sens du mot *acte* n'est pas très bien fixé dans la langue du droit. C'est tantôt un fait, tantôt un écrit constatant un fait. Or il ne peut avoir, dans l'article que nous expliquons, le sens d'*écrit* : car cet article a pour but, non de déterminer comment le partage, s'il a lieu, pourra être *prouvé*, mais d'exprimer dans quel cas s'éteint l'action en partage. La pensée de la loi est donc celle-ci : l'action en partage peut-être toujours intenté, " *s'il n'y a eu acte* de partage...," c'est-à-dire *s'il n'y a eu partage.* C'est ainsi qu'on dit souvent : faire *acte* d'acceptation, pour *accepter* (1).

2° *Lorsqu'il y a eu possession suffisante pour acquérir la prescription.*—Ainsi, la prescription, qui ne peut fonder l'état permanent d'indivision, peut le faire *cesser*, et, par suite, éteindre l'action en partage. Un héritier possède la totalité des biens de la succession : si sa possession se prolonge pendant trente ans, s'il possède *animo domini*, avec l'esprit de maître exclusif, se comportant comme il le ferait s'il était en réalité seul et unique propriétaire, la prescription est alors acquise. Cet héritier étant désormais propriétaire exclusif des biens qu'il a ainsi possédés, il ne peut plus être question de partage. Il en est autrement si, au lieu de posséder en maître exclusif, il a possédé les biens pour le compte de tous, en qualité d'administrateur ; s'il a, par exemple, rendu des comptes, fait des baux, tant en son nom qu'au nom de ses cohéritiers, s'il a réclamé des indemnités pour les dépenses qu'il a faites, etc. : dans cette hypothèse il n'a pas prescrit. N'ayant pas possédé *animo domini*, il n'a été qu'un détenteur précaire. Partant, l'action en partage subsiste.

Les mêmes règles s'appliquent évidemment au cas où chaque

---

(1) Voy. MM. Demol., t. 15, n°s 516 et suiv. ; Aubry et Rau, t. 6, § 623, p. 538, note 9 ; Laurent, t. 10, n° 262. Voy. aussi, dans le même ens l'arrêt de la cour de cassation du 2 janvier 1872, au rapport de M. Rau (Sir., 72. 1. 129), [[et M. Baudry-Lacantinerie, n° 223.]]

héritier a possédé pendant trente ans une part des biens indivis correspondante à sa part héréditaire. Ont-ils possédé *animo domini* : la prescription est acquise, chacun d'eux est propriétaire exclusif des biens qu'il a possédés : l'indivision a cessé, et, avec elle, l'action en partage. Ont-ils possédé, au contraire, comme administrateurs, ou en vertu d'un partage provisionnel ou de jouissance : leur possession, étant précaire, n'a pu fonder la prescription : l'indivision dure encore, l'action en partage n'est pas éteinte (1).

[[Le principe de l'article 689 régit d'autres cas d'indivision que celle qui peut exister entre cohéritiers ou colégataires. Ainsi deux individus achètent un immeuble en commun ; l'un deux peut, en l'absence d'une convention temporaire contraire, exiger le partage ou la licitation. Mais il y a des communautés qui sont forcées, comme celle qui existe entre époux ou associés, mais ces communautés trouvent leur terme dans la dissolution de la communauté conjugale ou de la société.

Il y a un grand nombre d'arrêts à citer sur la disposition de l'article 689. Je ferai cette revue de jurisprudence d'une manière très sommaire.

Nous rencontrons d'abord une ancienne cause de *Poulin* v. *Falardeau* (1 R. de L., p. 505), dans laquelle on a jugé que le fait qu'un usufruitier est en possession des biens n'est pas un obstacle à un partage entre les nus propriétaires.

On a également décidé, dans la cause de *Dumont* v. *Dumont* (7 L. C. J., p. 12), que lorsqu'une substitution s'ouvre en faveur d'un des appelés, ce dernier peut demander le partage immédiat sans attendre l'ouverture de la substitution à l'égard des autres appelés.

Le conseil privé a jugé que le paiement à chacun des bénéficiaires de sa part de revenus légués à titre d'aliments, ne peut tenir lieu du partage des biens de la succession au temps fixé pour ce partage : *Muir* & *Muir* (18 L. C. J., p. 96).

Le même tribunal a encore décidé, dans la cause de *Guy* & *Guy* (17 L. C. R., p. 122), qu'un partage entre grevés majeurs de l'usufruit d'un immeuble sera mis à effet sans égard aux appelés dont les droits sont protégés. Je puis ajouter que l'article 948 permet aux grevés de faire un partage provisoire des biens qui leur sont donnés à titre de substitution.

---

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 622, p. 533 et suiv. ; M. Laurent, t. 10, nos 264 et suiv.

Dans la cause de *Monette* v. *Molleur* (6 R. L., p. 561), le juge Chagnon a décidé que l'autorisation accordée par le protonotaire de vendre la part des mineurs dans une propriété, avec ordre à tous les copropriétaires d'accéder à la vente, et l'adjudication de l'immeuble, conformément à cette autorisation, équivaut à la licitation et partage et doit avoir l'effet d'un partage, vis-à-vis des créanciers de chaque cohéritier qui a pu hypothéquer quelque part indivise d'un immeuble (*a*); que l'accession de tous les copropriétaires à telle vente conformément à l'ordre du protonotaire, fait présumer chez ceux-ci l'intention de faire cesser l'indivision et de procéder au partage, et que l'adjudicataire est censé avoir acquis l'immeuble directement du défunt.

La jouissance par indivis n'empêche pas les résultats nécessaires et inévitables de cette jouissance, qui sont que les fruits civils se divisent de plein droit entre les légataires usufruitiers, dans la proportion de leur part respective, et chacun d'eux a droit de réclamer sa part par une action séparée et distincte : *Gray* v. *The Quebec Bank*, cour de révision à Québec (5 Q. L. R., p. 92).

Le cohéritier et le communiste peuvent demander par opposition que la saisie de la part indivise d'un des cohéritiers ou des communistes, dans un immeuble dépendant de la succession ou de la communauté, soit suspendue jusqu'après le partage pour lequel il y a poursuite pendante ; mais il ne peut demander la distraction de la totalité de l'immeuble de la saisie : *L'Hôpital Général* v. *Gingras*, Casault, J. (10 Q. L. R., p. 136).

Disons tout de suite que, dans une cause récente de *Grenier* v. *Young* (R. J. Q., 6 C. S., p. 496), le juge Andrews a affirmé le même principe, ajoutant que des conclusions demandant la nullité d'une saisie, autorisent le tribunal, en l'absence d'une défense en droit, à ordonner la suspension de la saisie, sous la réserve de se prononcer sur la validité de la saisie et les dépens après la licitation de l'immeuble.

Mais dans la cause de *Le Club Canadien* v. *Baudry* (4 L. N., p. 131), le juge Torrance a décidé que la saisie des immeubles de la succession comme appartenant à l'un des héritiers, est valable pour la part de cet héritier. Dans l'espèce, un immeuble avait été saisi, mais, sur opposition, le saisissant s'était désisté de la saisie quant aux neuf-dixièmes de l'immeuble.

(*a*) On peut consulter l'article 2021 quant à l'effet de l'hypothèque consentie par un héritier de sa part indivise.

Un seul de plusieurs héritiers indivis peut porter l'action pétitoire contre le tiers, qui n'a aucun droit à la succession, et revendiquer la totalité d'un immeuble appartenant à cette succession que ce tiers détient : *Bell* v. *Bédard*, Casault J. (11 Q. L. R., p. 318).

Un défendeur, dans une action en partage et licitation, n'a pas le droit de demander que le partage soit retardé jusqu'à ce que le demandeur, qui a administré les immeubles dont il demande la licitation, ait rendu un compte de cette administration : *Roy* v. *Roy* (12 R. L., p. 622).

Une donation d'usufruit faite à deux époux, conjointement, " pour eux-mêmes et pour la durée de leur vie et du survivant d'eux," ne peut être divisée de manière à offrir aux enchères publiques, pour le paiement d'une dette du mari, la part de celui-ci et la faire attribuer, par adjudication, à un étranger qui en jouirait ensuite conjointement avec la femme, vu que cela répugne à l'ordre public et est impossible d'exécution : *Bodard & Anctil*, cour d'appel (14 R. L., p. 351).

La même cour a jugé, dans la cause de *Sturnes & Ross* (M. L. R., 2 Q. B., p. 379) (*a*), qu'un propriétaire par indivis a le droit de porter une action en expulsion contre une personne tenant un immeuble uniquement par la volonté de son copropriétaire, vu que le propriétaire d'une part indivise ne peut louer toute la propriété ni même sa part de l'immeuble, sans le consentement de son copropriétaire (*b*).

Dans la cause de *Kent* v. *Beaudin* (16 R. L., p. 333), le juge Mathieu a jugé qu'entre le nu propriétaire et l'usufruitier, il n'y a pas d'indivision qui puisse rendre nécessaire la licitation des immeubles dont l'un à la nue propriété et l'autre l'usufruit, ces deux droits n'étant pas de même nature, mais que, cependant, si l'usufruit d'un immeuble appartient à un seul et la nue propriété à plusieurs, la licitation peut avoir lieu ; mais ne doit porter que sur la nue propriété, et qu'il doit en être ainsi alors même que l'usufruitier est en même temps copropriétaire de la nue propriété.

Dans la cause de *Sangster & Hood* (18 R. L., p. 40 ; M. L. R., 5 Q. B., p 384), la cour d'appel a décidé que des bâtisses

---

(*a*) La décision de la cour supérieure est rapportée M. L. R., 1 S. C., p. 448.

(*b*) Il faut remarquer, cependant, que d'après les remarques du juge en chef, Sir A. A. Dorion, il n'était pas prouvé, dans l'espèce, que le copropriétaire eût consenti le bail. Le savant juge a expressément réservé son opinion quant à la question de droit.

érigées par une société en nom collectif, sur un fonds appartenant à un des membres de cette société, appartiennent, après la dissolution de la société, à tous les associés et non au propriétaire du fonds seulement, et qu'elles peuvent être licitées à la poursuite d'un des membres de la ci-devant société.

Un copropriétaire par un indivis a droit de saisir, par voie de saisie-conservatoire, des meubles que son copropriétaire a commencé à vendre, et le compte de tutelle que le défendeur doit rendre à la demanderesse ne peut empêcher cette dernière de demander le partage des meubles et d'accompagner cette demande de mesures conservatoires : *Evans* v. *Evans*, Pagnuelo, J. (M. L. R., 5 S.C., p. 414).

Il n'y a pas lieu à l'action en partage quand une succession se compose de sommes d'argent, dettes et créances, la division se faisant alors par le fait seul de la loi entre les représentants du *de cujus*. L'exécuteur testamentaire chargé du paiement des dettes du défunt, peut s'opposer à un partage pendant la durée de sa saisine, quand il y a des dettes et qu'on demande le partage des biens-meubles : *McVey* v. *McVey*, Cimon, J (19 R. L., p. 136).

Au même effet, nous trouvons une décision du juge Wurtele, dans une cause de *Baxter* v. *Robb* (19 R. L., p. 356), qu'une créance qui échoit à plusieurs héritiers, par la mort du créancier, est divisible entre eux, et que chacun peut, sans qu'il soit nécessaire de faire le partage de toute la succession, réclamer sa part de la créance, mais qu'il n'en est pas ainsi des débentures, qui sont physiquement indivisibles, et que chaque héritier ne peut réclamer une proportion des débentures égale à celle de sa part dans la succession.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Michon & Bousquet* (19 R. L., p. 504 ; M. L. R., 6 Q. B., p. 337), que la construction d'un aqueduc, par différents propriétaires pour l'usage commun de leur propriétés respectives, ne constitue pas une société ordinaire entre eux, qui puisse être dissoute par la volonté de l'un d'eux, et que si l'un des propriétaires abandonne sa propriété, il ne peut demander le partage ou la licitation de cet aqueduc.

Dans la cause de *Muir* v. *Muir* (M..L. R., 7 S. C., p. 229), le juge Taschereau a décidé que l'article 689, en portant qu'il peut être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard, énonce la loi telle qu'elle existait avant le code ; que lorsqu'un testateur a légué ses biens à des fidéicommissaires chargés de payer une annuité à sa femme et

de partager le restant des revenus parmi ses enfants, ou leurs enfants par souche, et a ordonné que les immeubles de sa succession fussent partagés à la majorité du plus jeune de ses petits-enfants, il y a des raisons d'utilité suffisantes pour justifier ce retard ; que comme le legs était universel et par souche, les petits-enfants nés après le décès du testateur étaient compris dans la disposition, et une action en partage portée quand tous les petits-enfants nés durant la vie du testateur avaient atteint leur majorité, mais alors qu'il en restait d'autres en minorité, nés depuis, était prématurée.]]

III. — *Des différentes espèces de partage.*

Le partage est *définitif* ou *provisionnel*. Le premier est celui qui fait cesser l'indivision quant à la *pleine propriété* des biens ; le second, celui qui ne la fait cesser que quant à la *jouissance seulement*.

Le partage est *provisionnel*, ou *de jouissance seulement*, dans [[trois]] cas :

1° Lorsque toutes les parties capables ou dûment représentées n'ont entendu diviser que la jouissance des biens. Dans ce cas, chacune des parties conserve le droit de provoquer un partage définitif. Toutefois, s'il a été entendu que le partage provisionnel durera pendant [[un temps plus ou moins long,]] le partage définitif ne pourra être provoqué qu'après l'expiration du délai convenu.

2° Lorsqu'il existe parmi les copartageants des héritiers non capables ou [[absents ; alors, comme nous le verrons, les représentants de ces incapables peuvent provoquer un partage provisionnel des immeubles. Il en est différemment dans le droit français moderne, car, en France, les tuteurs ou curateurs peuvent provoquer un partage définitif, en observant certaines formalités ; si ces formalités n'ont pas été observées, le partage est provisionnel à l'égard de la partie incapable et définitif quant aux autres héritiers présents et capables (art. 840 C. N.).

3° Lorsque des grevés de substitution font un partage des biens qu'ils ont reçu du substituant. Pas plus que les autres copropriétaires, il ne sont tenus de demeurer en état d'indivision, mais le partage est provisoire en attendant l'ouverture de la succession (art. 948).]]

IV. *Par qui et contre qui peut être exercée l'action en partage.*

Le partage n'est pas valable, s'il n'est pas fait entre parties capables ou dûment représentées. Mais quelle capacité la loi exige-t-elle ? Est-ce la capacité d'*aliéner ?* Est-ce simplement la capacité d'*administrer ?* Ce n'est ni l'une ni l'autre. La capacité qu'exige la loi est d'une nature mixte : il ne suffit pas que celui qui intente l'action en partage ou qui y défend soit capable d'*administrer*, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit capable d'*aliéner*.

Un simple pouvoir d'*administration* ne suffit pas : 1° parce que le partage, bien qu'il soit, dans notre droit, non pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de propriété, n'en est pas moins, *effectu inspecto*, et *à ne considérer que la nature même des choses*, un acte d'aliénation : 2° parce qu'il donne lieu à des règlements d'intérêts fort graves, à des questions de rapports, de prélèvement de legs, etc. — Il n'est pas nécessaire que l'héritier soit capable d'*aliener*. En effet, le partage qui est *en réalité* un acte d'aliénation, est une opération très favorable, puisqu'elle fait cesser un état de chose contraire à l'intérêt général, l'*indivision* (*a*).

Cela posé, examinons plusieurs espèces :

1° *Héritier mineur non émancipé, ou interdit.* — [[Sa position diffère suivant qu'il s'agit de provoquer ou de subir le partage. Son tuteur, même sur avis du conseil de famille homologué en justice, ne peut demander le partage définitif des immeubles de la succession. C'est là un acte qui lui est absolument interdit. Mais l'incapacité du mineur cesse pour ainsi dire quand le partage se fait à la demande d'un cohéritier majeur. Alors son tuteur y assiste ; il peut même défendre à l'action en partage sans aucune autorisation (*b*). Il serait puéril de demander à la justice une autorisation qu'elle ne peut refuser. puisque c'est le droit absolu d'un héritier majeur de sortir de l'indivision (art 689). Pour protéger le mineur dans ce cas, le partage se fait en justice et avec

---

(*a*) Ces considérations, admissibles dans le droit français moderne, peuvent encore s'appliquer ici, car si, dans notre droit, le tuteur ou le curateur ne peut provoquer le partage définitif, il peut et doit le subir, et il peut défendre à une action en partage sans autorisation (art. 305).

(*b*) Ce droit de défendre à l'action en partage n'est pas une exception, la défense étant toujours libre.

les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. Le tuteur ne peut consentir à un partage à l'amiable.

Mais le tuteur peut demander le partage définitif des meubles, et le partage provisionnel des immeubles. On a considéré que ces mesures, toutes favorables au mineur, ne pouvaient mettre ses droits en péril (*a*).

Mais si le tuteur ne peut provoquer le partage, il peut continuer, au nom du mineur, une action intentée par les auteurs de son pupille; c'est ce que la cour d'appel a jugé dans la cause de *Cutting & Jordon* (19 L. C. J., p. 139 et 10 R. L., p. 401).

2° *Héritier, mineur émancipé.* — J'ai exprimé dans mon tôme 2, p. 264, l'opinion que le mineur émancipé, pas plus que le mineur non émancipé, ne peut provoquer le partage définitif des immeubles, et je maintiens cette décision appuyée sur l'autorité de Pothier, *Communauté*, n° 695. Voy. aussi l'article 709. Quant au partage provisionnel des immeubles et au partage définitif des meubles, il peut exercer le rôle de demandeur. Il peut également être forcé de partager. Je lui reconnaîtrais le droit de demander, sans assistance, le partage définitif des meubles, car c'est là une action mobilière, mais cette assistance serait indispensable s'il voulait demander en justice le partage provisionnel des immeubles ou résister à une action en partage définitif portée contre lui (voy. l'art. 320). Le partage contre lui se ferait en justice tout comme dans le cas du mineur non émancipé. En France, à cause des termes de l'article 840 du code Napoléon, qui n'a pas été reproduit par notre code, on exige l'assistance du curateur, même lorsque l'émancipé provoque le partage d'une succession purement mobilière.

3° *Héritier pourvu d'un conseil judiciaire.* — Bien que l'article 691 n'ait pas prévu ce cas, il est hors de doute que l'assistance du conseil est requise pour l'action en partage ou

---

(*a*) Notre article 691 qui énonce ces dispositions, se lit comme suit :

691. " Ni le tuteur au mineur, ni le curateur à l'interdit ou à l'absent, " ne peuvent provoquer le partage des immeubles de la succession dévolue " à ce mineur, interdit ou absent ; mais ils peuvent y être forcés, et alors " le partage se fait en justice et avec les formalités requises pour l'alié- " nation des biens des mineurs.

" Il est cependant loisible au tuteur ou curateur de demander le partage " définitif des meubles et un partage provisionnel des immeubles de cette " succession."

Cet article diffère essentiellement de l'article 817 du code Napoléon qui porte que l'action en partage, à l'égard des cohéritiers mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs spécialement autorisés par un conseil de famille, et qu'à l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient aux parents envoyés en possession.

pour la défense, à moins toutefois que la sentence nommant le conseil judiciaire n'en ait autrement décidé (art. 351). Avec cette assistance, le partage même définitif des immeubles peut être demandé. On en décide de même en France.

4° *Héritier absent.* — S'il s'agit de la première période de l'absence, le curateur à l'absent se trouvant dans la même position que le tuteur au mineur ou le curateur à l'interdit, tout ce que j'en ai dit, s'applique à son cas. Durant la deuxième période, soit l'envoi en possession provisoire, je crois que les envoyés ne peuvent demander qu'un partage provisionnel ; car ils ne doivent pas avoir plus de droits que les grevés de substitution, et d'ailleurs, ce droit paraît exister, aux termes mêmes de l'article 691, dans la première période de l'absence. Enfin, dans la dernière époque de l'absence, quand la possession provisoire est devenue définitive. les envoyés provoqueront librement le partage définitif. C'est la disposition formelle de l'article 98. En France, l'envoyé soit provisoire soit définitif peut demander le partage.

On objectera peut-être, qu'aux termes de l'article 105, l'absent ne peut être héritier, puisque toute succession à laquelle il serait appelée est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. L'article 691 trouve cependant son application dans le cas où la succession s'est ouverte avant l'absence ou les dernières nouvelles ; dans les autres cas, il faut appliquer le principe de l'article 105, à moins que l'existence de l'absent ne soit pas sérieusement incertaine. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 225.]]

5° *Héritier femme mariée.*—Ici, une distinction fondamentale est nécessaire. Il faut rechercher, *d'après les conventions matrimoniales stipulées entre les époux,* si le mari acquiert des droits sur la succession ouverte au profit de la femme, et quels droits il acquiert ; si c'est un droit de *jouissance seulement* ou un droit de *pleine propriété* (*a*). Nous aurons donc trois cas à considérer :

(*a*) L'article 692, qui reproduit presque textuellement l'article 818 du code Napoléon, se lit comme suit :—

692. " Le mari peut sans le concours de sa femme provoquer le par-
" tage des meubles ou des immeubles à elle échus, qui tombent dans la
" communauté ; à l'égard des objets qui en sont exclus, le mari ne peut
" en provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il peut seule-
" ment, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provi-
" sionnel.

" Les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif
" qu'en mettant en cause le mari et la femme."

a. Le mari acquiert-il, du chef de la communauté qu'il représente, un droit de pleine propriété sur les biens échus à la femme (1) : il peut, *à lui seul*, provoquer et faire un partage de *jouissance* et de *propriété*, un *partage définitif ;*

b. Le mari n'acquiert-il aucun droit sur les biens échus à la femme (2) : la femme a, seule, qualité pour figurer au partage. L'autorisation du mari est nécessaire, si la succession comprend des immeubles ; elle ne l'est pas dans le cas contraire. La femme séparée de biens peut, en effet, disposer de son mobilier ; l'article 1318 est formel sur ce point (*a*). Toutefois, si le partage, au lieu d'être fait à l'amiable, est fait en justice, l'autorisation est nécessaire dans l'une ou l'autre hypothèse: car la femme qui n'est pas autorisée ne peut, [[sauf en matière de simple administration,]] ester en justice (art. 176).

c. Le mari acquiert-il, sur les biens échus à la femme, un simple droit de jouissance (3) : il peut provoquer le partage sans le concours de la femme ou défendre seul à l'action en partage ; mais alors le partage n'est que *provisionnel* ou *de jouissance*, la *propriété* reste dans l'indivision. Ainsi, la présence de la femme, propriétaire des biens, est indispensable pour imprimer au partage un caractère *définitif:* ses cohéritiers doivent donc l'appeler en cause, s'ils désirent faire un partage qui mette fin pour toujours à l'indivision.

V. — *Dans quels cas le partage peut être fait à l'amiable. Dans quels cas il doit être fait en justice.*

Il peut être fait à l'amiable, et dans la forme qu'il plaît aux héritiers d'adopter, lorsqu'ils sont tous *présents*, majeurs, non interdits et d'accord entre eux. Il en est de même, encore qu'il y ait soit un héritier *non présent*, s'il a laissé un mandataire dûment autorisé, soit un héritier *absent*, si ses héritiers pré-

---

(1) Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les meubles qui leur échoient par succession tombent en toute propriété dans l'avoir commun (art. 1272, 1°).

(2) Il n'acquiert aucun droit sur les biens échus à la femme, lorsqu'il est marié sous le régime de la séparation de biens.

(3) Il acquiert un droit de jouissance, lorsqu'il est marié : 1° sous le régime de la communauté légale, si la succession est immobilière ; 2° sous le régime [[de l'exclusion]] de la communauté, que la succession soit mobilière ou immobilière.

(*a*) Voy., cependant, en mon tome 1er, p. 522, ce que le juge Jetté a dit de cet article, dans la cause de *Lamontagne* v. *Lamontagne*.

somptifs ont obtenu l'envoi en possession *définitive* de ses biens.

Il doit être fait en justice, et selon les formes prescrites par la loi : 1° lorsqu'il existe parmi les héritiers un ou plusieurs mineurs ou interdits ; 2° lorsque parmi les héritiers il en est qui ne sont ni présénts en personne, ni dûment représentés soit par un mandataire de leur choix, soit par un envoyé en possession définitive ; 3° lorsque les héritiers étant tous présents et capables, l'un d'eux refuse de consentir au partage, ou lorsqu'il s'élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer (*a*).

VI. *De la compétence du tribunal en matière de partage, et de la procédure de la demande.*

La demande en partage et toutes les contestations qui s'élèvent pendant le cours des opérations auxquelles elle donne lieu, doivent naturellement être portées devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire devant le tribunal du domicile du défunt. [[Il en est de même des licitations et des procédures qui s'y rattachent.]] C'est là, en effet, que se trouvent, le plus souvent tous les biens du défunt ainsi que les papiers si nécessaires à consulter pour connaître l'état de la succession; c'est là que le *de cujus* est le plus connu, là, par conséquent, que le juge découvrira plus facile-

---

(*a*) C'est la disposition de l'article 693 qui est en ces termes :—

693. " Si tous les héritiers sont majeurs, présents et d'accord, le par-
" tage peut être fait dans la forme et par tel acte que les parties inté-
" ressées jugent convenables.

" Si quelques-uns des héritiers sont absents ou opposants, s'il y a
" parmi eux des mineurs et des interdits, dans tous ces cas, le partage ne
" peut se faire qu'en justice, et l'on y suit les règles tracées aux articles
" suivants.

" S'il y a plusieurs mineurs représentés par un seul tuteur et qui aient
" des intérêts opposés dans le partage, il doit être donné à chacun d'eux
" un tuteur spécial et particulier pour les y représenter."

Cet article reproduit en partie les dispositions des articles 819 et 838 du code Napoléon. En France, lorsqu'il y a des mineurs, des interdits ou des non présents, les scellés doivent être apposés sur les effets de la succession. Cette mesure n'est pas prescrite ici par la loi, mais elle peut être ordonnée, dans tous les cas, à la requête d'une partie intéressée. Notre article 709 que je reproduirai plus loin, correspond également à l'article 838 du code Napoléon.

L'article 921 de notre code de procédure civile porte aussi qu'un tuteur spécial doit être donné à chaque mineur ayant des intérêts opposés à ceux des autres.

ment les documents qui sont propres à l'éclairer ; c'est là, enfin, que tous lés héritiers se réunissent, à la nouvelle du décès de leur parent.

[[Cependant, s'il s'agit d'une succession qui s'ouvre en dehors de la province de Québec, il faudra nécessairement choisir un autre tribunal ; le législateur dans ce cas laisse les parties libres de procéder soit devant le tribunal de la situation des biens, ou devant celui du domicile des défendeurs ou de l'un d'eux. Dans tous les autres cas le tribunal de l'ouverture de la succession est seul compétent (*a*).

La procédure de l'action en partage, ainsi que sur les incidents qui en résultent, se fait comme dans les actions ordinaires, sauf, ajoute l'article 695, les modifications introduites par le code de procédure civile (*b*).

(*a*) C'est la disposition de l'article 694 qui se lit comme suit :

694. " L'action en partage et les contestations qu'il (*sic*) soulève, sont " soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, si elle " s'ouvre dans le Bas-Canada, sinon, à celui du lieu où sont situés les " biens, ou à celui du domicile du défendeur.

" C'est sous l'autorité de ce tribunal que se font les licitations et les " procédures qui s'y rattachent."

Voy. aussi l'article 39 du code de procédure civile. Cet article ajoute aux mots " celui du domicile du défendeur," les mots " ou de quelqu'un des défendeurs."

Les codificateurs expliquent que l'article 694 est conforme à l'ancienne jurisprudence ainsi qu'à l'article 822 du code Napoléon, mais on a pourvu au cas où la succession s'ouvrirait en dehors du pays. L'article 822 C. N. va toutefois plus loin que notre article en statuant que c'est encore devant le tribunal de l'ouverture de la succession que se portent les demandes relatives à la garantie et à la rescision résultant du partage. Cette disposition a été critiquée par plusieurs auteurs comme étant en contradiction avec celle de l'article 59 du code de procédure français, qui semble consacrer une autre règle. Nos codificateurs ont préféré laisser ces demandes postérieures au partage sous le coup des règles ordinaires.

(*b*) Voici le texte de l'article 695 :

695. " Sur l'action en partage ainsi que sur les incidents qui en résul- " tent, il est procédé comme sur les poursuites ordinaires, sauf les modi- " fications introduites par le code de procédure civile."

Les codificateurs s'expriment en ces termes sur cette disposition : " En " référant à Pothier (*Successions*, ch. 4, art. 4), l'on voit que dans l'ancien " droit, aussi bien que dans le nouveau (C. N., art. 823), le tribunal " pouvait renvoyer les parties devant un parent ou ami, afin de procéder " au partage. Ce pouvoir exceptionnel, peu d'accord avec nos notions " actuelles, et contraire à l'usage et à la pratique de nos cours, n'a pas " été approuvée par les commissaires ; ils ont trouvé préférable qu'il soit " procédé dans l'action en partage comme dans les actions ordinaires."

L'article 823 du code Napoléon permet de commettre, pour les opérations du partage, un des juges sur le rapport duquel il décide les contestations.

Ces modifications ne sont pas très importantes. Elles sont à l'effet que la poursuite judiciaire — lorsque des cohéritiers ou copropriétaires ne peuvent s'accorder pour le partage des biens communs — appartient au plus diligent, et que tous les cohéritiers ou copropriétaires doivent être en cause sur la demande en partage (art. 919 et 920 C. P. C.).

Les autres procédures auxquelles l'action en partage donne lieu seront expliquées ci-après.

Dans une cause de *Dupuis* v. *Dupuis* (6 L. C. R., p. 475), il a été jugé, sur une défense en droit à une action demandant une somme spécifique comme étant la part d'une communauté entre le demandeur et son épouse décédée, que l'on devait procéder par action en partage.

Il a été également décidé, dans une cause de *Boswell* v. *Llyod* (12 L. C. R., p. 447), qu'une action en licitation contient toujours une demande en partage, et que dans cette action les parties demanderesse et défenderesse se trouvent dans la même position, à l'égard l'une de l'autre, chacune étant demanderesse et défenderesse ; que la cause d'action est la copropriété par indivis et non l'indivisibilité supposée de la propriété ellemême.

Ces deux arrêts sont antérieurs au code.

Enfin, par un arrêt récent rendu par la cour de révision, à Montréal, dans une cause de *McClanaghan* v. *Mitchell* (R. J. Q., 10 C. S., p. 203), il a été jugé que lorsque la succession—après la mort du mari, qui était en communauté avec sa femme—reste en la possession de cette dernière, les héritiers du mari ne peuvent porter contre la femme une action en reddition de compte, mais que leur recours est par action en partage, dans laquelle tous les intéressés doivent être assignés.]]

VII. — *Opérations qui préparent le partage.*

1° *Estimation des immeubles par des experts.* — [[L'article 696 du code civil, copié sur l'article 824 du code Napoléon ordonne cette estimation des immeubles en ces termes : —

Remarquons, toutefois, que dans notre droit, comme dans le droit français moderne, le tribunal peut renvoyer les parties devant un notaire, afin qu'on procède aux comptes que les copartageants peuvent se devoir, à la formation de la masse générale, à la composition des lots et au fournissement à faire à chacun des copartageants (art. 699 C. C.), et qu'il les renvoie devant le protonotaire ou devant une autre personne pour procéder au tirage des lots (art. 925 C. P. C.).

696. " L'estimation des immeubles se fait par experts choisis " par les parties intéressées, ou, à leur refus, nommés d'office.

" Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de " l'estimation ; il doit indiquer si l'objet estimé peut être com- " modément partagé, de quelle manière, et fixer, en cas de " division, chacune des parts qu'on peut en former et leur " valeur."

D'un autre côté, l'article 922 du code de procédure civile porte que " le tribunal, avant de se prononcer sur la demande " en partage, ordonne qu'il sera procédé à la visite et estima- " tion des immeubles, par experts nommés suivant les règles " ordinaires, afin de constater si la totalité des immeubles peut " se partager convenablement, et dans ce cas, en composer les " lots suivant les dispositions des articles 702, 703 et 704 du " code civil."

Les experts sont nommés suivant les règles ordinaires (art. 322 et suiv. C. P. C.). Ils doivent donc être au nombre de trois, à moins que les parties ne conviennent d'un seul expert, ce qu'elles ne peuvent faire que lorsqu'elles sont toutes majeures (art. 323, 923 C. P. C.). Les parties ont le choix des experts, mais si elles ne s'entendent pas sur ce choix, le tribunal les nommera d'office (art. 696 C. C. et 326 C. P. C.). L'on trouvera, aux articles du code de procédure civile que j'ai indiqués, tout ce qui concerne ces experts, leur procédure et leur récusation.

Dans la cause de *Latouche* & *Latouche* (9 R. L., p. 700), la cour d'appel a jugé que, dans une action en licitation, la cour peut ordonner la vente des immeubles sans recourir à l'expertise, lorsqu'un témoin dépose que les immeubles ne peuvent se partager, et qu'il n'y a pas autant de lots que de copartageants.]]

" Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation." Ainsi, il ne suffit pas que les experts disent que tel immeuble vaut telle somme ; ils doivent, en outre, faire connaître les motifs qui les ont déterminés à l'estimer au chiffre indiqué.

" Ils doivent également indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé, de quelle manière il peut l'être, et fixer, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en former, ainsi que leur valeur." Ces indications ont pour objet de fournir les éléments qui seront plus tard nécessaires pour procéder à une composition des lots.

[[L'article 924 du code de procédure civile dit qu'il est pro-

cédé sur ce rapport de même que sur tout autre rapport d'experts. Ainsi, la partie qui entend s'en prévaloir doit demander qu'il soit reçu et si les autres parties veulent se prévaloir des informalités ou nullités qui peuvent s'y rencontrer, elles doivent le faire par une demande contraire.

Il n'est pas question de l'estimation des meubles dans notre code. L'article 825 du code Napoléon, au contraire, s'en occupe ; il porte que l'estimation des meubles, s'il n'y a pas eu de prisée faite dans un inventaire régulier, doit être faite par gens à ce connaissant, à juste prix et sans crue. Cet article n'a pas été reproduit par notre code, et on ne voit pas sa nécessité pratique, car la majorité des cohéritiers peut exiger la vente publique des meubles et, dans tous les cas, cette vente doit se faire lorsqu'il y a des créanciers saisissants ou opposants (art. 697). Du reste, si on a dressé un inventaire, cette estimation se trouvera faite (art. 1308 C. P. C.).]]

2° *Licitation des immeubles. — Cas dans lesquels elle a lieu. — Sa définition.* — Les immeubles doivent, en principe, être partagés en nature (art. 697) (*a*). Cependant le tribunal en ordonne la licitation, c'est-à-dire la vente aux enchères publiques, lorsqu'il a été établi, par le procès-verbal des experts, qu'ils ne sont pas *commodément partageables* (*b*).

Non commodément partageables... Ainsi, pour que le partage en nature ait lieu, il ne suffit pas que les immeubles soient par leur nature, susceptibles d'être fractionnés sans *détérioration ;* il faut encore qu'ils puissent l'être sans *dépréciation.*

Bien qu'aucun des immeubles ne soit *commodément* partageable, la licitation n'a pas lieu lorsque la nature et la valeur

---

(*a*) Cet article, qui reproduit presque textuellement l'article 826 du code Napoléon, se lit ainsi qu'il suit :

697. "Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature des biens "meubles et immeubles de la succession ; néanmoins, s'il y a des créan- "ciers saisissants ou opposants, ou si la majorité des cohéritiers juge la "vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession, "les effets mobiliers sont vendus publiquement en la forme ordinaire."

(*b*) Le premier alinéa de l'article 698, qui reproduit la substance du premier alinéa de l'article 827 du code Napoléon est en ces termes :

"Si les immeubles ne peuvent se partager commodément, ils doivent "être vendus par licitation, devant le tribunal."

Cette disposition se complète par l'article 927 du code de procédure qui porte que "lorsque des immeubles ne peuvent être partagés avantageu- "sement ou lorsqu'il n'y a pas autant de lots que de copartageants, le "tribunal peut ordonner que ces immeubles soient mis aux enchères "publiques et vendus par voie de licitation."

des immeubles sont telles qu'il est facile de faire des parts à peu de chose près égales, en mettant un immeuble dans chaque lot (*a*). On les partage alors en nature, et le lot dans lequel se trouve l'immeuble qui vaut le moins reçoit une portion plus forte de dettes : l'inégalité se trouve ainsi effacée. Elle peut être aussi compensée par des soultes ou retours de lots (art. 703 et 704).

A l'inverse, il se peut que chacun des immeubles soit *facilement partageable*, et que cependant il y ait lieu à licitation. Ce cas se présente lorsqu'il existe dans un partage *fait à l'amiable* un immeuble qu'aucun des héritiers ne veut ou ne peut prendre (art. 1562) : les parties, *étant maîtresses de leurs droits*, peuvent convenir que l'immeuble qu'aucune d'elles ne veut ou ne peut prendre en nature sera transformé en argent par la voie de la licitation.

La licitation peut donc être définie : la vente aux enchères publiques d'un immeuble indivis qui n'est pas commodément partageable, ou qu'aucun des partageants, *quand le partage se fait à l'amiable*, ne veut ou ne peut prendre.

Dans quelles formes on y procède. Si les héritiers sont tous maîtres de leurs droits, ils peuvent convenir qu'elle sera faite devant un notaire, sur le choix duquel ils s'accordent (art. 698 *in fine*) (*b*). S'il existe un incapable parmi eux, la licitation doit être faite devant le tribunal. [[Voy. plus loin l'article 709.

Nous trouvons, au code de procédure civile, des dispositions très détaillées sur la licitation des immeubles. Aux termes de l'article 929 de ce code, d'après le texte que lui donne l'article 5980 des statuts refondus de la province de Québec, lorsque le tribunal a ordonné la licitation, la partie poursuivante doit faire publier trois fois dans l'espace de deux mois, dans la *Gazette Officielle de Quebec*, dans les langues anglaise et française, un avis portant que les immeubles dont la désignation est donnée, seront mis à l'enchère et adjugés au plus offrant et dernier enchérisseur, à la séance de la cour supé-

---

(*a*) Cette solution s'appuie sur la disposition de l'article 974 du code de procédure français qui n'a pas été reproduit par nos codes. Cependant elle découle assez facilement de l'article 703 du code civil et de l'article 927 du code de procédure civile.

(*b*) Le deuxième alinéa de l'article 698 reproduit comme il suit l'alinéa correspondant de l'article 827 du code Napoléon :

"Cependant les parties, si elles sont toutes majeures, peuvent con-
" sentir que la licitation soit faite devant un notaire sur le choix duquel
" elles s'accordent."

rieure qui suivra l'expiration des deux mois à compter de la première insertion de cet avis, aux conditions énoncées dans le cahier des charges, et intimant que les oppositions à la vente doivent être produites, au plus tard, le quinzième jour avant celui fixé pour la vente, et les oppositions afin de conserver dans les six jours après l'adjudication, à peine de forclusion. Cet avis doit être également lu et publié le troisième dimanche avant le jour où la licitation doit avoir lieu, à la porte de l'église de la paroisse où les immeubles sont situés, et, s'il n'y a pas d'église, ou si les immeubles sont situés en dehors des paroisses, alors dans l'endroit le plus fréquenté de la localité, et copie de l'avis doit être affichée au lieu où se fait telle publication (art. 930 C. P. C.). A défaut par le demandeur de procéder à la publication de cet avis sous quinze jours de la sentence de licitation, dit l'article 931 qui est de droit nouveau, il est loisible à toute autre partie de le faire et la plus diligente est alors préférée et a seule droit aux frais de la licitation. Les oppositions afin de charge, afin de distraire, ou afin d'annuler relativement aux immeubles qui doivent être licités, ne peuvent être reçues plus tard que le quinzième jour avant celui fixé pour la licitation ; à défaut de les produire dans ce délai, le droit des opposants est converti en opposition afin de conserver sur le prix des immeubles (art. 932). L'article 933, d'après le texte que lui donne l'article 5981 S. R. P. Q., porte que lorsque quelque opposition afin de charge, afin de distraire ou afin d'annuler, ou quelqu'autre incident relatif à la licitation, ne peut être décidé avant le jour fixé pour procéder aux enchères, la licitation est suspendue ; et en adjugeant sur l'opposition ou l'incident, le tribunal, s'il y a lieu, peut fixer un autre jour pour procéder à l'adjudication en, par les parties, faisant publier dans la *Gazette Officielle de Québec*, au moins trois semaines avant celui fixé, un avis rédigé dans la même forme que le premier, en tant qu'elle est applicable. Les enchères peuvent être faites par écrit ou au greffe de la même manière que dans le cas de vente d'immeubles par le shérif, et au jour fixé les enchères sont reçues au greffe, mais l'adjudication est close devant le tribunal ; il est dressé un procès-verbal des enchères et de l'adjudication. Les étrangers sont dans tous les cas admis à enchérir (art, 934) (*a*). L'adjudication se fait conformément aux conditions portées au cahier des charges

(*a*) Il y a une semblable disposition quant aux étrangers à l'article 15б du code civil.

qui doit être approuvé par le tribunal ou le juge, après l'audition des parties, et déposé au greffe au moins trente jours avant celui fixé pour la vente. Après que l'adjudication a été close, et que l'adjudicataire a satisfait aux conditions en payant les deniers qui doivent être déposés devant le tribunal, le protonotaire doit préparer un titre de vente qui peut être rédigé de la même manière que le titre du shérif, pour autant que les dispositions de l'article 689 C.P.C. soient applicables (art. 935). L'adjudication, après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites, transfère la propriété avec ses servitudes actives et passives, a les mêmes effets que le décret, et purge de la même manière la propriété des autres charges, privilèges et hypothèques qui ne sont pas exprimés au cahier des charges (art. 936). Le prix d'adjudication doit être payé conformément aux conditions de la vente, et, à défaut de dispositions contraires, entre les mains du protonotaire, sauf à l'adjudicataire son droit de fournir caution en retenant les deniers, de même que sur vente par le shérif ; et l'adjudicataire en défaut de payer son prix d'adjudication est soumis aux mêmes peines et obligations que le fol enchérisseur d'immeubles vendus sur exécution (art. 937). Toute opposition afin de conserver ou réclamation sur les deniers provenant de la licitation doit être produite au greffe du tribunal, dans les six jours qui suivent l'adjudication, et, passé ce délai, elle ne peut être admise que sur l'ordre du tribunal et aux conditions qu'il impose (art. 938). La distribution du prix de la vente est sujette aux mêmes formalités que dans le cas de ratification de titre et d'exécution contre les immeubles, et le poursuivant est tenu de se procurer le certificat des hypothèques enregistrées nécessaire à cette fin (art. 939). Si un immeuble est situé partie dans un district et partie dans un autre, la licitation peut en être poursuivie et ordonnée en totalité dans l'un ou l'autre district, lorsque la juridiction n'est pas attribuée à un tribunal particulier (art. 940) (*a*).

Ces formalités sont prescrites en vue de la licitation faite en justice. L'article 928 du code de procédure porte que " des règles concernant la licitation volontaire se trouvent " dans la troisième partie de ce code (*b*). Les dispositions de " ce chapitre s'appliquent à la licitation ordonnée en justice

(*a*) Je me contente d'énoncer ces dispositions qui sont toutes de procédure ; on trouvera la jurisprudence qui s'y rapporte aux codes annotés.

(*b*) J'ai déjà dit que le législateur a oublié d'indiquer ces règles. Voy. *supra*, p. 454, note (*a*).

" sur action de partage." Si les parties sont toutes présentes, majeures et non interdites et d'accord, elles peuvent, je l'ai dit, faire un partage à l'amiable et par tel acte et dans la forme qu'elles jugent convenables (art. 695 C. C.). Elles peuvent également liciter les biens de la succession comme elles l'entendent. La licitation en justice n'est requise que lorsqu'il y a des incapables ou des absents ou lorsque les parties ne s'entendent pas. C'est ce que l'article 709 dit en ces termes :

709. " Lorsque la licitation a lieu par suite de ce que parmi " les cohéritiers il se trouve des absents, des interdits ou des " mineurs même émancipés, elle ne peut être faite qu'en " justice, avec les formalités prescrites pour l'aliénation des " biens des mineurs " (*a*).]]

3° *Vente des meubles.* — Chacun des cohéritiers peut, en principe, demander sa part en nature des meubles. Néanmoins la loi veut qu'ils soient vendus, dans deux cas particuliers :

a. Lorsqu'il existe des créanciers saisissants ou opposants. —On suppose que des créanciers du défunt ont fait saisir des meubles ou des immeubles de la succession, ou qu'ils ont pratiqué des saisies-arrêts ou oppositions. En présence de ces poursuites, la loi autorise chaque héritier à demander que les meubles soient vendus, afin d'employer le prix qui en proviendra à désintéresser les créanciers. Cela procurera un double avantage : la conservation des immeubles qui ont été saisis, et, dans tous les cas; une grande économie dans les frais.

b. Lorsque la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour l'acquit des dettes et charges de la succession.— Mais pourquoi celui qui demande sa part en nature n'est-il pas écouté ? Quel intérêt ses cohéritiers ont-ils à la transformation des biens en argent, lorsqu'aucune saisie n'est pratiquée à la requête des créanciers ? On répond qu'ils y ont intérêt, dans le cas où *des saisies sont imminentes.* Il leur importe alors de se procurer l'argent dont ils ont besoin pour prévenir des poursuites qui occasionneraient des frais et dont l'existence serait un obstacle à la célérité des opérations de partage.

—En un mot, les meubles doivent être vendus, publiquement, et en la forme ordinaire *quand il y a nécessité.* Cette nécessité se manifeste de deux manières : 1° par l'existence de

---

(*a*) Cette disposition correspond à l'article 838 du code Napoléon qui a servi également de source à notre article 693.

saisies ou oppositions ; 2° par la décision de la majorité des héritiers qui désirent prévenir des saisies imminentes.

La majorité dont il est ici question se compte, non pas eu égard au nombre des héritiers et à l'importance de leurs parts, mais par têtes seulement. Il est vrai qu'en matière de concordat la loi commerciale (*a*) exige une majorité mixte, composée de manière à représenter la majorité des têtes et la majorité des créances ; mais cette majorité est exceptionnelle et se justifie par des considérations qui ne se rencontrent pas dans notre espèce. Le concordat ayant pour effet de dépouiller chacun des créanciers d'une portion de sa créance, on conçoit que la loi ait exigé, outre la majorité des têtes, la majorité des intérêts, afin que les petits créanciers, qui sont toujours fort nombreux, n'aient pas le droit de dépouiller les créanciers, toujours en plus petit nombre, à qui il est dû de grosses sommes. Dans notre espèce, la décision à prendre n'a pas l'importance du concordat : elle porte uniquement sur une question de détail : elle ne fait rien perdre à personne, puisqu'elle a simplement pour effet de remplacer une part en nature par une quittance de libération. Enfin, ce qui est décisif, c'est qu'entre associés les résolutions sont prises à la majorité des têtes seulement (1).

Remarquons que, dans le cas où la vente des meubles est nécessaire, l'héritier qui désire avoir sa part en nature doit être écouté dans sa demande, s'il offre de payer, avec son propre argent, sa part dans les dettes : ce n'est pas à lui, en effet, à souffrir des saisies pratiquées, ou qui sont imminentes, puisqu'il offre de les faire cesser ou de les prévenir (2).

4° *Renvoi des parties devant un notaire et formation de la masse à partager. — Liquidation.* — Lorsque les immeubles et les meubles ont été estimés et vendus, dans le cas où la vente a été jugée nécessaire, si les droits des parties ne sont pas liquides, ou si le tribunal a ordonné le partage sans expertise préalable, le poursuivant fait sommer ses copartageants de comparaître, au jour indiqué, devant le notaire commis (3),

---

(*a*) Il s'agit de la loi française. Nous avons eu des dispositions analogues dans nos lois de faillite. Il n'existe plus de concordat forcé dans notre droit.

(1) Dem., t. 3, n° 159 *bis* ; MM. Val. ; Demol., t. 15, n° 650.

(2) Marc., art. 826 ; Dutruc, n° 198. — *Contra*, Dem., t. 3, n° 159 *bis* ; M. Demol., t. 15, n° 652 ; MM. Aubry et Rau, t. 6, § 624, p. 547, note 16. [[La solution de Mourlon, on le voit, est contestée.]]

(3) Il est nommé d'office lorsque les parties ne s'accordent pas sur le choix.

pour procéder à la formation de la masse partageable et aux opérations du partage. [[C'est la disposition de l'article 699, copie presque textuelle de l'article 828 du code Napoléon, et qui se lit comme il suit :

699. "Après que les meubles et les immeubles ont été "estimés (*a*), et vendus s'il y a lieu, le tribunal peut renvoyer "les parties devant un notaire dont elles conviennent, ou qui "est nommé d'office si elles ne s'accordent pas sur le choix.

"On procède devant ce notaire aux comptes que les copar-"tageants peuvent se devoir, à la formation de la masse géné-"rale, à la composition des lots et au fournissement à faire "à chacun des copartageants" (*b*).]]

Ce notaire est chargé de liquider les droits des copartageants et de déterminer la masse partageable. Si l'un des héritiers a fait des dépenses utiles ou nécessaires, ses cohéritiers lui en doivent compte ; s'il a, en administrant les biens communs, perçu des fruits, ou s'il a, par sa faute, causé quelque dommage, c'est lui qui leur doit compte des fruits qu'il a perçus ou du dommage qu'il a causé. L'un des héritiers a-t-il reçu des libéralités du défunt, était-il son débiteur : il doit *rapporter* à la succession la libéralité qui lui a été faite ou la somme dont il était débiteur envers le défunt (art. 712 et suiv., C. C.). L'un d'eux a-t-il reçu un legs *par préciput* : il prélève les objets ou les sommes qui lui ont été légués (*c*).

Ces comptes, rapports et prélèvements déterminent la masse à partager. Elle se compose donc, d'une part, des biens laissés par le défunt, ou du prix en provenant s'ils ont été vendus ; d'autre part, des biens rapportés. Si le *de cujus* n'en a laissé aucun, elle se compose uniquement des biens rapportés.

(*a*) L'on a copié ici trop servilement le code français, car notre code n'exige nulle part l'estimation des meubles en matière de partage.

(*b*) L'article 926 du code de procédure est au même effet. Il porte que "si la demande est en compte et partage, la composition des lots n'est "faite qu'après qu'il a été procédé aux compte, rapports et formation "de la masse et prélèvement, par un praticien nommé par les parties ou "par le tribunal, et dont le rapport doit être également homologué."

(*c*) Les articles 700 et 701 reproduisent textuellement les articles 829 et 830 du code Napoléon.

700. "Chaque cohéritier fait rapport à la masse, suivant les règles ci-"après établies, des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est "débiteur.

701. "Si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est "dû, prélèvent une portion égale sur la masse de la succession.

"Les prélèvements se font, autant que possible, en objets de même "nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature."

5° *Composition des lots.* — Lorsque les droits des parties sont liquidés et que la masse à partager est déterminée, on procède à la composition des lots

[[Les articles 702, 703, 704, 705 et 707 indiquent le nombre et la composition des lots ; ils disent également par qui ces lots doivent être faits. Je vais les citer avant de reproduire le commentaire de Mourlon.

702. " Après ces prélèvements, il est procédé, sur ce qui " reste dans la masse, à la composition d'autant de lots qu'il y " a d'héritiers copartageants ou de souches copartageantes" (*a*).

703. " Dans la formation et la composition des lots, on " évite, autant que possible, de morceler les héritages et de " diviser les exploitations ; il convient aussi de faire entrer " dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, " d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et " valeur " (*b*).

704. " L'inégalité des lots en nature, lorsqu'elle ne peut " s'éviter, se compense par un retour, soit en rente, soit en " argent " (*c*).

705. " Les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils " peuvent convenir entre eux sur le choix et si celui qui est " choisi accepte la charge ; dans le cas contraire, les lots sont " faits par un expert désigné par le tribunal. Ces lots ainsi " faits sont tirés au sort " (*d*).

707. " Les règles établies pour la division des masses à par- " tager sont également observées dans les subdivisions à faire " entre les souches copartageantes " (*e*).]]

(*a*) Notre article reproduit textuellement l'article 831 du code Napoléon, sauf que ce dernier article dit " lots *égaux* " ; notre article, au contraire, omet le mot " *égaux* ". Cette différence n'en est pas une au fond. L'égalité du partage est essentielle dans notre droit comme dans le droit français, et cependant cette égalité s'obtient autant par l'égalité des lots eux-mêmes, que par des soultes ou retours qui compensent leur inégalité. L'article 703 ne veut pas qu'on morcelle des héritages et l'article 704 fait voir que les lots peuvent être inégaux sans que ce partage lui-même soit inégal.

(*b*) On trouve toute la substance de l'article 832 du code Napoléon dans cette reproduction à peu près littérale de son texte.

(*c*) L'article 833 du code Napoléon ne contient pas les mots " lorsqu'elle ne peut s'éviter," mais à cette différence près les deux textes sont identiques. Ces expressions du reste font voir que l'omission du mot " égaux " dans l'article 702 est sans conséquence.

(*d*) C'est la susbtance de l'article 834 du code Napoléon.

(*e*) Il y a ici reproduction textuelle de l'article 836 du code Napoléon.

Combien il doit en être fait.—Les héritiers ont-ils des droits égaux, c'est-à-dire succèdent-ils par tête : on fait autant de lots qu'il y a d'héritiers. Succèdent-ils par souche : autant de lots qu'il y a de souches ; le lot que le sort attribue à chacune d'elles se subdivise ensuite en autant de lots qu'elle comprend de têtes. Sont-ils de lignes différentes, [[lorsque la *fente* a lieu :]] deux lots doivent être faits, qui se subdivisent ensuite dans chaque ligne en autant de lots qu'elle comprend de têtes. Que si les père et mère concourent avec les frères et sœurs ou [[leurs enfants,]] on fait encore deux lots : le lot attribué aux père et mère se subdivise en deux lots égaux ; le lot attribué aux frères et sœurs ou [[leurs enfants,]] en autant de lots égaux qu'il y a de têtes ou de souches. [[La même décision a lieu]] si le père ou la mère seulement concourt avec des frères et sœurs : le père ou la mère ayant droit à [[une moitié]] de la succession, on doit faire [[deux]] lots égaux, afin qu'on puisse tirer au sort celui du père ou de la mère ; [[l'autre lot est]] ensuite subdivisé en autant de lots qu'il y a de têtes ou de souches dans l'ordre des frères et sœurs (art 702, 707, C. C.) (*a*).

Comment les lots doivent être faits. — Ils doivent être égaux, non seulement quant à la *valeur*, mais encore quant à la *nature* des biens qu'ils comprennent. Il convient, dit l'article 703, d'y faire entrer, *s'il se peut*, la *même* quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. Ainsi, ce serait mal procéder que de mettre des immeubles

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, nº 231, fait cependant observer que la cour de cassation condamne ce mode de procéder. " La règle, dit-elle, (je " cite son analyse), c'est qu'il y a lieu de faire autant de lots qu'il y a " d'héritiers. Cette règle reçoit une seule exception, au cas où, parmi les " copartageants, il y en a qui viennent de leur chef et d'autres par repré- " sentation : on fait alors autant de lots qu'il y a de souches coparta- " geantes, sauf subdivision du lot attribué à chaque souche entre les " divers ayants-droit. Ce procédé exceptionnel ne saurait être étendu " par voie d'analogie au cas où la succession se divise entre des héritiers " de la ligne paternelle et des héritiers de la ligne maternelle. Il faut " alors prendre pour unité la part de l'héritier dont les droits sont les " plus faibles, et faire autant de lots que cette part est comprise de fois " dans le total des biens composant la succession, puis attribuer, par voie " de tirage au sort, un ou plusieurs lots à chaque intéressé, suivant ses " droits." Cassation, 28 novembre 1883 : Sirey, 1885. 1. 65 ; Dalloz, 1884. 1. 154. M. Baudry-Lacantinerie ajoute que " ce procédé, qui a " peut-être le mérite de respecter scrupuleusement la lettre de la loi, a " l'inconvénient grave de conduire à un morcellement infini de la pro- " priété foncière."

seulement dans un lot et des meubles seulement dans l'autre.

Toutefois la loi veut qu'on évite autant que possible de morceler les héritages et de diviser les exploitations. Ce morcellement serait contraire à l'intérêt général : car l'expérience a montré que les frais de culture sont d'autant plus élevés, et, par suite, les produits d'autant plus chers, que la culture des terres est plus fractionnée.

Il n'est pas toujours possible d'observer une égalité absolue dans la composition des lots. L'inégalité se compense alors par un retour en argent. Soient deux lots, l'un de 30,000 francs, l'autre de 28,000 francs : le lot de 30,000 francs est chargé de l'obligation d'en payer 1,000 à l'autre. On les tire au sort, et l'héritier qui reçoit le lot de 30,000 francs se trouve constitué débiteur de 1,000 francs envers celui qui a le lot de 28,000 francs. Cette obligation est connue sous le nom de *retour de lot* ou *soulte de partage* (art. 2014).

L'inégalité peut aussi être compensée en mettant à la charge des plus gros lots une portion plus forte de dettes à payer.

Chaque copartageant peut élever des réclamations contre la formation des lots. Ces réclamations sont [[soumises au tribunal qui les juge suivant les formes prescrites par les lois de procédure. Quand on procède au partage devant un notaire, ce dernier doit dresser procès-verbal des difficultés et des dires des parties et en référer au tribunal (*a*).]]

Par qui les lots doivent être faits Lorsque toutes les parties sont présentes et capables. les lots sont faits par celui des héritiers qu'elles désignent. Si elles ne sont pas d'accord sur le choix à faire, ou si l'héritier désigné refuse le mandat qui lui est offert, le notaire renvoie les parties devant le [[tribunal]] qui nomme un expert par qui les lots sont faits.

S'il existe parmi les copartageants un héritier non présent ou incapable, les lots ne peuvent être faits que par un expert commis par [[le tribunal. C'est ce que porte l'article 705 que j'ai cité. Les héritiers usant de leurs droits peuvent convenir

---

(*a*) C'est la disposition des articles 706 et 708, le premier, copie textuelle de l'article 835, le second, copie substantielle de l'article 837 du code Napoléon.

706. " Avant de procéder au tirage des lots, chaque copartageant est " admis à proposer sa réclamation contre leur formation."

708. " Si dans les opérations renvoyées devant un notaire, il s'élève " des contestations, il doit dresser procès-verbal des difficultés et des " dires respectifs des parties, et les soumettre pour décision au tribunal " qui l'a commis. Sur ces incidents, il est procédé suivant les formes pres- " crites par les lois sur la procédure."

que les lots seront faits par l'un d'eux ; s'ils ne s'accordent pas, ou s'il y a parmi eux des incapables, l'intervention de la justice devient nécessaire et l'on nomme un expert. C'est à cette dernière alternative qu'il faut reporter la disposition de l'article 922 du code de procédure civile (*supra*, p. 498), qui dit qu'il sera procédé à la visite des immeubles par experts, afin de constater si ces immeubles peuvent se partager convenablement, et dans ce cas en composer les lots suivant les dispositions des articles 702, 703, 704 du code civil. Le partage ainsi fait par les experts doit être homologué par le tribunal.]]

VIII. *Homologation du partage, attribution des lots.*

Après que les lots [[ainsi composés par les experts dans le partage fait en justice]] ont été fixés et que les contestations sur leur formation, s'il y en a eu, ont été jugées, le poursuivant [[peut demander au tribunal un jugement d'homologation du rapport des experts).]] Ce jugement ordonne en même temps que les lots seront tirés au sort devant le [[protonotaire ou devant une autre personne. "Après que le rapport d'experts " a été homologué," dit l'article 925 du code de procédure civile, " le tribunal renvoie les parties devant le protonotaire " ou devant une autre personne, pour procéder au tirage des " lots dont il est dressé procès-verbal. L'article 705 du code civil dit également que les lots ainsi faits sont tirés au sort]] Ainsi, l'attribution des lots se fait par le tirage au sort : c'est une garantie de parfaite égalité entre les héritiers Le tribunal ne peut donc pas attribuer tel lot à tel héritier et tel lot à tel autre.

Cependant, si tous les copartageants sont présents et maîtres de leur droits, rien ne s'oppose à ce qu'ils fassent eux-mêmes choix du lot qui convient à chacun.

Ils peuvent même convenir que l'attribution des lots sera faite par un arbitre qu'ils désignent à cet effet.

— Après le partage, remise est faite à chacun des copartageants des titres particuliers aux objets compris dans son lot. Si un domaine, un corps de biens, est divisé, les titres restent aux mains de celui qui en a la plus grande partie, à la charge, quand il en est requis, d'aider ses copartagents qui y ont intérêt.

Les titres communs à toute l'hérédité sont remis à l'un des héritiers choisi par les parties, ou, si elles ne sont pas d'accord,

nommé par le tribunal. Il doit les communiquer à ses copartageants, quand ils le demandent (*a*).

[[Le code Napoléon a un article (l'art. 840) qui porte que les partages faits conformément aux règles prescrites, soit par les tuteurs, avec l'autorisation d'un conseil de famille, soit par les mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs, soit au nom des absents ou non présents, sont définitifs ; mais qu'ils ne sont que provisionnels, si les règles prescrites n'ont pas été observées.

Nous n'avons pas d'article semblable, car, dans notre droit, le partage définitif des immeubles ne peut être provoqué au nom d'un incapable ; on ne peut exiger que le partage provisionnel des immeubles et le partage définitif des meubles de la succession. D'un autre côté, les cohéritiers de l'incapable peuvent forcer ce dernier à procéder à un partage définitif et des meubles et des immeubles, mais dans ce cas le partage devra se faire en justice. Maintenant supposons qu'on a procédé à l'amiable au partage tant des meubles que des immeubles d'une succession, malgré qu'il y eût des incapables parmi les cohéritiers. Ce partage sera t-il regardé comme nul, ou bien seulement comme provisionnel quant aux immeubles et définitif quant aux meubles ? Je crois, soit que le partage ait été demandé au nom de l'incapable, soit qu'il lui ait été imposé, qu'il devra être regardé comme nul du moment qu'il n'a pas été fait en justice, car les formes prescrites dans l'intérêt de l'incapable le sont pour tous les partages, et soit qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. Mais cette nullité sera simplement relative ; l'incapable seul pourra s'en prévaloir, et sa renonciation, en

---

(*a*) C'est la disposition de l'article 711, copie de l'article 842 du code Napoléon, qui se lit ainsi qu'il suit :

711. " Après le partage, remise doit être faite à chacun des copartageants des titres particuliers aux objets qui lui sont échus.

" Les titres d'une propriété divisée restent à celui qui en a la plus grande partie, à la charge d'en aider ses copartageants qui y ont intérêt, quand il en est requis.

" Les titres communs à toute l'hérédité sont remis à celui que les héritiers ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider ses copartageants à toute réquisition.

" S'il y a difficulté sur ce choix, il est réglé par le juge."

Les codificateurs expliquent que la disposition, quant à la remise des titres de toute l'hérédité, faisait difficulté dans l'ancienne jurisprudence, où l'aîné était préféré pour la garde des titres quand il s'agissait d'une succession en ligne directe. Ils ont cru préférable d'adopter, sous ce rapport, la disposition du droit français moderne

état de capacité, à l'action en nullité, rendra le partage définitif (*a*).]]

IX. *Du retrait successoral.*

[[Notre article 710, copié sur l'article 841 du code Napoléon, est en ces termes :

710. " Toute personne, même parente du défunt, qui n'est " pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé ses " droits à la succession, peut être écartée du partage, soit par " tous les cohéritiers, soit par un seul, en étant remboursée du " prix de la cession ".]]

Lorsque l'un des successibles cède son droit à un étranger, celui-ci acquiert, du chef de son cédant, la faculté d'exercer l'action en partage et de s'immiscer dans toutes les opérations qui le préparent ou le consomment. La présence de cet étranger aux opérations du partage présente un double danger :

1° Le partage est, par sa nature, une opération hérissée de difficultés et féconde en procès, quand ceux qui y prennent part, loin d'y apporter cet esprit de conciliation qu'inspirent ordinairement les rapports de famille, ne s'y présentent que dans un esprit de lucre. Or, les individus qui achètent des droits de succession ont un but bien connu, celui de retirer de leur marché le plus grand profit possible : *ils spéculent ;*

2° En assistant aux opérations du partage, le cessionnaire, qui a le droit de tout étudier, de compulser tous les titres, peut être initié à certains faits qui ont intéressé l'honneur ou le crédit du défunt. Or, il importe aux familles qu'un spéculateur ne soit pas admis à pénétrer leurs secrets.

Ainsi, en autorisant tout successible à écarter du partage le cessionnaire des droits de l'un des héritiers, la loi a eu pour but : 1° de prévenir les difficultés et les dissensions que la présence d'un étranger au partage peut faire naître ; 2° d'empêcher qu'un spéculateur ne soit initié aux secrets de la famille (1).

Quels sont les cessionnaires qui peuvent être écartés ?—Peuvent être écartés tous ceux qui *ne sont pas successibles du*

---

(1) Voy., dans la *Revue pratique* (t. 30, p. 497 et suiv.), les *Recherches sur l'origine de l'article* 841, par M. Albert Desjardins.

(*a*) Le code de procédure civile (art. 912 à 918) contient des dispositions quant au partage des terres indivises dans les *townships*. Je n'ai pas besoin d'en rendre compte ici.

défunt, fussent-ils parents ; en d'autres termes, *tous ceux qui n'ont d'autre titre pour se présenter au partage que leur qualité de cessionnaires des droits de l'un des copartageants.*

Ne peuvent pas l'être les cessionnaires qui ont droit de figurer au partage de leur chef, en une qualité qui leur est propre et personnelle. Que servirait, en effet, de les exclure comme cessionnaires, puisqu'ils peuvent y prendre part à un autre titre ? Le spéculateur serait écarté, comme tel ; mais resterait toujours l'homme trompé dans ses calculs, et celui-là n'apporterait certes pas l'esprit de conciliation qui est si nécessaire en cette matière.

Du principe qu'un individu, *même parent du défunt*, peut être écarté, quand il ne puise son droit au partage que dans la cession qui l'a mis au lieu et place de l'un des copartageants, il suit que le droit de retrait peut être exercé lorsque le cessionnaire est : 1° un homme étranger au *de cujus* ; 2° le parent le plus proche, après ceux qui sont appelés ; 3° un successible qui a renoncé à la succession : ce successible n'a, en effet, d'autre droit au partage que sa qualité de cessionnaire ; ce n'est plus un *successible du défunt*, c'est un spéculateur !

Du principe que celui-là ne peut pas être écarté qui a, outre sa qualité de cessionnaire, un droit propre et personnel pour figurer au partage, c'est-à-dire qui est *successible du défunt*, il suit que le retrait est impossible lorsque le cessionnaire est : 1° le cohéritier du cédant ; 2° un légataire ou donataire à titre universel, en concours avec des héritiers *ab intestat.* Dans ces deux hypothèses, en effet, la cession est faite à un *successible du défunt.* Ces mots *successible du défunt*, ont un sens général : ils s'appliquent à toute personne appelée à prendre une portion des biens laissés par le défunt, aux successeurs irréguliers comme aux héritiers légitimes, aux héritiers testamentaires comme aux héritiers *ab intestat.* Ainsi, le cessionnaire ne peut pas être écarté lorsqu'il est, *à quelque titre que ce soit*, le successible du défunt.

Les règles qui viennent d'être exposées vont nous servir à résoudre plusieurs questions.

1° *Un successible du défunt a vendu sa part* A UN LÉGATAIRE PARTICULIER.—Le retrait est possible : car dans l'espèce, le cessionnaire n'a d'autre titre pour se présenter au partage que sa qualité de cessionnaire des droits de l'un des copartageants. Comme légataire particulier, il peut former sa demande

en délivrance de son legs contre les successibles du défunt (a), mais n'étant point dans l'indivision avec eux, il n'a pas qualité pour figurer et prendre part aux opérations du partage (1).

2° *La succession étant dévolue à des parents paternels et à des parents maternels, la part afférente à chaque ligne a été déterminée par un premier partage ; l'un des successibles de la ligne* PATERNELLE *vend sa part à l'un des successibles de la ligne* MATERNELLE, *ou réciproquement.*—Le retrait peut avoir lieu : car, quoique le cessionnaire soit, dans l'espèce, un *successible du défunt*, il n'a pas, en cette qualité, un droit propre et personnel de prendre part au second partage à intervenir entre les cohéritiers de la ligne dont il ne fait pas partie : on peut dire qu'il n'est pas, dans cette ligne, le successible du défunt (2).

3° *La succession étant dévolue à des héritiers appelés par représentation, un premier partage a déterminé la part afférente à chaque souche, et l'un des héritiers a vendu sa part à l'un des successibles de la souche dont il ne fait point partie.* —L'espèce est la même que la précédente : je la résous de la même manière.

4° *L'un des successibles cède, non pas sa part, mais une portion, un tiers, un quart de sa part.*—Le cessionnaire peut être écarté : car, qu'importe la portion pour laquelle il se présente au partage ? il s'y présente comme cessionnaire, c'est un spéculateur.

5° L'*un des successibles vend, non pas sa part, non pas une fraction de sa part, mais un objet spécial et déterminé de la succession.* — L'acheteur de ce bien peut-il être écarté ? La solution de cette question, [[d'après Mourlon,]] dépend de la solution de celle-ci : l'acheteur d'un bien indivis aliéné par l'un des héritiers peut-il, en sa qualité d'acheteur, intervenir au partage ? Or, l'affirmative n'est point douteuse ! La validité de la vente qui lui a été consentie dépend du résultat du partage : si l'objet aliéné tombe dans le lot de l'héritier aliénateur, l'aliénation sera valable ; elle ne le sera pas dans le cas contraire (art. 746). Cette alternative donne évidemment à l'acheteur le droit d'intervenir au partage, afin d'empêcher que les

---

(1) MM. Val., Demol., t. 6, n° 30.

(2) MM. Dur., t. 7, n° 199 ; Val. : Dem., t. 3, n° 171, *bis* II ; Demol., t. 16, n° 34.

(a) L'action en délivrance de legs n'est pas nécessaire dans notre droit, le légataire à titre particulier étant saisi, par la mort du testateur, du droit à la chose léguée (art. 891).

copartageants ne s'arrangent de manière à lui enlever la chance de voir la vente qui lui a été consentie se consolider par l'attribution de l'objet dont il est propriétaire conditionnel à l'héritier qui le lui a vendu. Il peut figurer au partage : donc il peut être écarté ; ce n'est que par l'effet d'une cession, d'une *spéculation*, qu'il a acquis le droit d'y figurer (1).

Parmi les auteurs qui acceptent cette doctrine, quelques-uns pensent que, s'il ne se présente pas au partage, s'il déclare qu'il se soumet à toutes opérations qui seront faites par les intéressés, le retrait n'est plus possible : car les copartageants n'ont alors aucun intérêt légitime à l'annulation d'un marché qui ne leur fait aucun préjudice.—Ce tempérament est inadmissible [[ajoute Mourlon (*a*).]] Les cessionnaires soumis au retrait peuvent, en effet, être écartés, soit qu'ils se présentent au partage, soit qu'ils ne s'y présentent point. La loi ne distingue pas (*b*).

De l'effet du retrait, et des personnes qui peuvent l'exercer. — L'effet du retrait est de *subroger le retrayant au lieu et place du cessionnaire.* Le retrayant prend le marché pour lui : les choses se passent donc comme si le retrayant avait lui-même traité directement avec le successible qui a vendu sa part, en un mot, comme s'il était cessionnaire direct (2). D'où il suit que celui-là peut exercer le retrait, et celui-là seulement, qui ne pourrait pas être écarté s'il était lui-même

(1) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 171 *bis*, I ; Marc., sur l'art. 871.— *Contra* MM. Aubry et Rau, t. 1, § 621 *ter*, p. 517 ; Demol., t. 16, n° 83 ; Laurent, t. 10, n° 364. [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 235, n'admet pas la solution de Mourlon, que je laisse dans le texte cependant, la question étant controversée. Je crois toutefois que cette solution doit être rejetée. La loi n'écarte que celui à qui un cohéritier a cédé *son droit à la succession*. Or dans l'espèce, l'acquéreur n'a pas acquis un droit à la succession, et l'article 710 étant une disposition exceptionnelle, doit recevoir une interprétation restrictive. Mais le cessionnaire n'échappera pas à l'application de la loi s'il a réellement acquis, sous forme de cession d'objets particuliers, le droit héréditaire du cédant. Voy. sur ces questions Sirey et Gilbert sur l'art. 841, n°s 4 et suiv., et les arrêts cités *infra*, pp. 517 et 518.]]

(2) Voy., quant à la nature et aux effets du retrait successoral, M. Demolombe (*Succ.*, t. 16, n°s 138 et suiv.), et dans la *Revue pratique* (t. 9, p. 241 et suiv.), [[ajoute Mourlon,]] la dissertation que j'ai publiée sur le même sujet.

(*a*) Voy. mes observations dans la note (1), *supra*.

(*b*) La plupart des auteurs refusent l'exercice du retrait en matière de société ou de communauté. Sirey et Gilbert sur l'art. 841. n°s 2 et 3 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 235.

cessionnaire direct, c'est-à-dire s'il avait acheté la part du cédant. Ainsi, tout *successible* du défunt peut se substituer au lieu et place du cessionnaire non successible. Il est vrai que l'article 710 n'accorde textuellement ce droit qu'au *cohéritier* du cédant; mais ce mot *cohéritier*, pris ici dans son sens général, s'entend de toute personne qui a un droit propre et personnel pour figurer au partage.

— Le cessionnaire peut être écarté, soit par tous les cosuccessibles du cédant, auquel cas la part de ce dernier profite à tous, soit par l'un d'eux seulement (*a*). Dans cette dernière hypothèse, le retrayant est-il tenu, si ces cosuccessibles le demandent, de leur communiquer le bénéfice qu'il retire du retrait? Soit une succession, dont l'actif est de 30,000 francs, dévolue par égales portions à *Primus, Secundus* et *Tertius*. *Primus* vend sa part moyennant 8,000 francs, et *Secundus* écarte le cessionnaire en lui remboursant le prix de cession. *Secundus* subrogé au cessionnaire, a donc acquis, moyennant 8,000 francs, la part du cédant qui en vaut 10,000: c'est une somme de 2,000 francs qu'il gagne. *Tertius* peut-il lui dire: " Vous avez déboursé 8,000 francs pour exercer le retrait. Ce n'est pas pour vous seul, dans votre intérêt exclusif, que vous avez fait cette dépense: vous l'avez faite dans un intérêt de famille. Je veux bien en supporter ma part: voici 4,000 francs que je suis prêt à vous payer: mais associez-moi au profit que cette dépense a procuré. J'avais qualité comme vous pour exercer le retrait et pour en bénéficier. Vous vous êtes présenté le premier; mais le bénéfice que vous avez fait, et auquel j'avais droit comme vous, ne saurait être le prix de la course?"

Cette prétention n'est pas juste. La faculté d'écarter le cessionnaire peut, aux termes formels de l'article 710, être exercée *soit par tous les héritiers, soit par un seul*. Qu'elle le soit par tous, ou qu'elle le soit par un seul, le résultat est toujours le même: les retrayants ou le retrayant sont subrogés au cessionnaire. Tant mieux pour le retrayant si le retrait lui profite, tant pis s'il lui fait préjudice. De même qu'il ne peut pas l'invoquer contre ses cohéritiers à l'effet de se faire indemniser par eux quand il lui est nuisible, de même ils ne peuvent pas l'invoquer contre lui pour en profiter quand il en a bénéficié. Ce n'est pas, d'ailleurs, pour procurer un bénéfice aux cohéri-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 237, dit que quand le retrait est exercé par tous les cohéritiers, le bénéfice et les charges s'en partagent par tête et non proportionnellement à leurs parts héréditaires.

tiers du cédant que le retrait a été organisé : la loi n'a eu d'autre but que de maintenir la paix dans les familles en écartant les spéculateurs des partages de successions. J'ajoute que si le retrayant, au lieu d'exercer le retrait, eût acheté directement la part du cédant, lui seul eût bénéficié du marché ; or, l'exercice du droit de retrait ou l'achat par un successible de la part de son cosuccessible sont deux opérations de même nature quant à leur résultat, puisque le retrayant prend pour lui le marché qu'avait fait le cessionnaire direct (1) (*a*).

A quelles conditions s'exerce le retrait. — Le successible qui veut écarter le cessionnaire doit le rendre *entièrement indemne*. Il doit donc lui rembourser non seulement le prix de cession, mais encore les frais et loyaux coûts du contrat, ainsi que les *intérêts* de ses déboursés. Il est vrai que l'article 710 ne parle que du prix de cession ; mais il ne faut voir là qu'un oubli. L'article 1582 ne laisse aucun doute à cet égard : nous y lisons en effet, que le cessionnaire d'un droit *litigieux* ne peut être écarté qu'autant qu'on lui rembourse les frais et loyaux coûts du contrat, le prix de cession et les *intérêts* de ce prix ; or, le cessionnaire d'un *droit litigieux* est moins favorable encore que le cessionnaire d'un droit de succession (2).

Si la cession a été faite, non pas moyennant une somme d'argent, mais en échange d'un objet dont le cédant est actuellement propriétaire, le retrayant doit rendre au cessionnaire, non pas l'objet que celui-ci a aliéné, car cette restitution est impossible, mais une somme représentative de la valeur de cet objet (*b*).

---

(1) MM. Dur., t. 7, nº 199 ; Val. ; Dem., t. 3, nº 171 *bis* IV ; Marc., art. 841 ; Demol., t. 16, nº 71 ; Aubry et Rau., t. 6, § 621 *ter*, p. 525 ; Laurent, t. 10, nº 374. [[Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 237 ; aussi Sirey et Gilbert sur l'art. 741, nº 93.]]

(2) MM. Aubry et Rau, t. 6, § 621 *ter*, p. 528 ; Laurent, t. 10, nº 378.

(*a*) On décide, en France, que lorsque le retrait est exercé par un seul des cohéritiers, les autres peuvent demander à participer au retrait tant que ce retrait n'est pas devenu un fait accompli. Il ne serait consommé — mais il y a controverse sur ce point — que par le consentement du cessionnaire ou par un jugement définitif rendu contre lui, sans qu'il soit nécessaire d'ailleurs que le prix de la cession ait été remboursé. M. Baudry-Lacantinerie, nº 237. Voy. aussi Sirey et Gilbert sur l'article 841, nºs 94 et suiv.

(*b*) Si le prix de la cession est une rente, le retrayant devra rembourser au cessionnaire les arrérages de la rente et se charger des prestations à l'avenir. Si le prix consistait en une rente viagère déjà éteinte par la mort du crédi-rentier, le retrayant en rembourserait les arrérages courus jusqu'à cette mort. M. Baudry-Lacantinerie, nº 238.

Le successible qui veut exercer le retrait n'a pas besoin de faire faire des offres réelles au cessionnaire, car il se peut qu'il ignore le prix réel de la cession. Il l'assigne directement, et le prix à rembourser est déterminé dans les débats de l'affaire. Ainsi le tribunal peut prononcer le retrait, même avant le remboursement du prix de cession, sauf au cessionnaire à le réclamer.

En imposant au retrayant l'obligation de rembourser au cessionnaire le *prix de cession*, la loi nous fait comprendre que le cessionnaire *à titre gratuit* ne peut être écarté. Rien n'est plus juste, au reste, que cette distinction. Le cessionnaire à titre onéreux est ordinairement un homme d'affaires, un spéculateur avide et rusé, qu'aucune considération n'arrête : sa participation à une opération de famille serait on ne peut plus dangereuse. Mais celui auquel l'un des héritiers a cédé son droit par un sentiment de générosité, afin de le récompenser peut-être d'un service rendu, n'est pas suspect ; ce n'est pas un spéculateur ! il a reçu une libéralité dont il est heureux, et, quel que soit le bénéfice qu'il en retirera, il en sera toujours satisfait : sa présence au partage sera donc rarement une cause de dissension entre les copartageants. Il eût été d'ailleurs bien difficile d'appliquer le retrait à une cession gratuite. Quelle somme, en effet, eût-on remboursée au cessionnaire dépossédé ? Cette somme devant être égale au profit qu'il eût retiré de la succession en sa qualité de cessionnaire, il aurait eu le droit d'intervenir au partage, afin de surveiller le règlement de l'indemnité à lui due : on serait ainsi tombé dans un cercle vicieux (1).

[[Nous n'avons pas une jurisprudence abondante sur ces questions. Dans la cause de *Leclerc* v. *Beaudry* (10 L. C. J., p. 20), le juge Berthelot a décidé que le retrait successoral n'a

On décide également que si le cessionnaire avait stipulé un terme pour le paiement du prix de la cession, le retrayant jouirait du bénéfice de ce terme. Quelques auteurs veulent que, dans ce cas, le retrayant soit tenu de fournir caution au retraité pour le garantir contre son insolvabilité, mais cela est contesté. On admet que, tant que le prix n'est pas payé, il n'y aura pas novation au bénéfice du cessionnaire, qui restera débiteur du cédant. M. Baudry-Lacantinerie, n° 238, pense qu'on évitera toute difficulté en exigeant le paiement préalable du prix de la cession, le retrait étant une expropriation pour cause d'utilité privée et ne devant pas être traité plus favorablement que l'expropriation pour cause d'utilité publique. Voy. aussi Sirey & Gilbert sur l'art. 841, nos 116 et suiv. et M. Baudry-Lacantinerie nos 238 et 239.

(1) MM. Aubry et Rau, t. 6, § 621 *ter*, p. 518 ; Laurent, t. 10, n° 367.

point lieu quand la cession a eu pour objet une part fixe et déterminée dans un immeuble certain.

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Durocher & Turgeon* (19 L. C. J., p. 178), qu'il y a lieu au retrait successoral même lorsque la cession a eu lieu après un partage provisoire (*a*) ; et qu'une cession par un cohéritier à un non successible, par laquelle le cédant cède une part fixe dans des immeubles déterminés, n'est pas à l'abri du retrait, si ces immeubles déterminés composent toute la succession.

Enfin, il a été jugé par la cour suprême, dans la cause de *Baxter & Phillips* (23 *Supreme Court Repts*, p. 317) (*b*), que lorsqu'un cohéritier a cédé ses droits successifs avant partage, un autre successible peut exercer le retrait en remboursant le prix de la cession, et que ce droit est imprescriptible tant que le partage n'a pas été fait (*c*) ; que la vente par un curateur des biens d'un insolvable, même autorisée par le juge, donne ouverture au retrait lorsqu'elle comprend les droits successifs avant partage de l'insolvable ; que le retrayant n'est tenu de rembourser que le prix de la cession originaire, et qu'il n'est pas tenu d'offrir, par son action, le prix qui a été payé par un cessionnaire subséquent (*d*).]]

SECTION II.—DES RAPPORTS.

§ I.—*Généralités.*

L'égalité est le principe fondamental sur lequel repose tout le système de nos lois en matière de succession.

Ce principe d'égalité, si conforme à l'équité naturelle, est d'ordre public : c'est lui qui conserve la paix et la concorde dans les familles. La loi y attache une grande importance ; elle met tous ses soins à en assurer la fidèle exécution.

Toutefois, elle ne défend point d'y déroger dans une certaine mesure : le *de cujus* est autorisé à modifier l'ordre légal

---

(*a*) Voy. sur ce point, Sirey et Gilbert sur l'art. 841, nos 73 et suiv.

(*b*) Le jugement de la cour de révision en cette cause est rapporté R. J. Q., 4 C. S., p. 151.

(*c*) Voy. Sirey et Gilbert, *loc. cit. supra*.

(*d*) La cour suprême a suivi le sentiment de Demolombe, *Successions*, t. 4, (t. 16 de la collection), nos 110 et 111, mais ce dernier point est contesté. Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 841, no 115.

de succession, en attribuant au parent qu'il affectionne le plus certains avantages qu'il n'accorde pas aux autres.

Mais, si telle est son intention il doit la faire connaître *expressément* : la loi dont elle contrarie les desseins, ne la présume jamais. S'il fait une donation ou un legs à l'un de ses successibles, sans dire expressément qu'il entend favoriser cet héritier, lui donner plus qu'aux autres, son silence est interprété en faveur du principe d'égalité entre héritiers : par cela seul qu'il n'y a pas dérogé expressément, la loi en conclut qu'il n'a pas voulu y déroger. Elle présume alors :

Que la *donation* qu'il a faite n'a pas dû, dans sa pensée, *se cumuler* avec la part héréditaire que le donataire sera plus tard appelé à recueillir dans sa succession ; qu'il ne l'a considérée que comme un *avancement d'hoirie*, c'est-à-dire comme une avance sur la part héréditaire du donataire, en un mot comme une *présuccession ;*

Que le *legs* qu'il a fait au profit de l'un de ses successibles doit, dans sa pensée, non pas *se cumuler* avec la part héréditaire du légataire, mais *lui en tenir lieu*, en tout ou en partie.

Ainsi : 1° le donataire qui succède avec d'autres au donateur n'a pas le droit de conserver les biens dont il a été gratifié, et de prendre, en outre, sa part des biens que le *de cujus* a laissés à son décès : il ne peut pas cumuler les deux qualités de *donataire* et *d'héritier*. En conséquence, s'il conserve sa qualité d'héritier, c'est-à-dire s'il ne renonce pas à la succession, il doit remettre dans la masse partageable les biens qu'il a déjà reçus du défunt : l'égalité entre les différents héritiers se trouve ainsi maintenue. Le donataire, il est vrai, a, de plus que ses cohéritiers, les fruits qu'il a perçus depuis la donation jusqu'au jour du décès ; mais ce petit avantage ne nuit pas à ses copartageants : car le *de cujus*, s'il eût perçu lui-même ses revenus, les aurait probablement consommés.

2° L'héritier auquel un legs a été fait n'a pas le droit de le prélever, de cumuler sa qualité de *légataire* avec celle d'*héritier* ; c'est à lui d'opter entre l'une et l'autre qualité. S'il reste héritier, c'est-à-dire s'il ne renonce pas à la succession, les choses qui lui ont été léguées sont, non pas *rapportées*, *remises* dans la masse partageable, car elles n'en sont pas sorties, mais *laissées*, confondues avec les autres biens (*a*).

Rigoureusement, et à ne considérer que le sens grammatical

(*a*) Remarquons, cependant, dans le cas d'un legs particulier, que le légataire peut réclamer son legs en nature, sauf à le précompter sur sa part.

des mots, cette expression *rapport* désigne seulement la *remise* dans la masse partageable des biens dont le défunt a disposé *entre vifs* au profit de ses héritiers *ab intestat*. Quant aux *legs*, il ne peut pas être question de *rapport* proprement dit : car il est impossible de *remettre* dans la masse partageable des biens dont on n'a jamais eu la possession. L'héritier ne *rapporte* donc pas les biens qui lui ont été *légués* : il faut dire qu'il les *laisse* dans la masse partageable (*a*).

Cette distinction ressort très clairement de la disposition même de l'article 712 : "Tout héritier, y est-il dit, doit *rapporter* ce qu'il a reçu du défunt par *donation entre-vifs*... Il ne peut *réclamer* les *legs* à lui faits par le défunt..."

Toutefois, comme les règles qui régissent le rapport proprement dit sont, à peu de chose près, applicables à la défense faite à l'héritier de réclamer les legs dont le défunt l'a gratifié, la loi a cru pouvoir employer le mot *rapport* dans un sens général, pour désigner, tout à la fois, la *remise* que fait chaque héritier, dans la masse partageable, des biens qui lui ont été donnés par le défunt, et la *défense* de *réclamer* les *legs* qu'il en a reçus. Le rapport peut donc être défini ; la *remise* (1) à la masse partageable que fait un héritier des biens que le défunt lui a *donnés* et la *maintenue* dans cette masse des biens qui lui ont été *légués*.

[[Tous ces principes ont leur application dans notre droit, mais il n'en était pas de même dans l'ancienne jurisprudence. Aux termes de l'ancien droit et des articles 300 à 304 de la coutume de Paris, expliquent les codificateurs, l'héritier en ligne directe descendante était tenu de rapporter à la masse les donations qu'il avait reçues du défunt, et d'y laisser ce qui lui avait été légué ; au contraire, dans la ligne collatérale et dans la ligne directe ascendante, il n'était pas obligé de rapporter ce qui lui avait été donné, mais il ne pouvait réclamer les legs et partager dans le reste. Donc dans la ligne directe descendante, l'on ne pouvait être à la fois donataire ou légataire et héritier ; dans la ligne collatérale et dans la ligne directe ascendante, l'on pouvait être héritier et donataire, mais non pas héritier et légataire à la fois (*b*).

---

(1) Réelle ou *fictive*, car dans certains cas le rapport se fait en moins prenant (voy. les art. 725 et 728).

(*a*) Sauf pour les legs particuliers. Voy. ma note (*a*) *supra* p. 519.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 240, trace l'historique de l'institution du rapport et en droit romain et en droit français. Je crois que l'énonciation succincte que je fais ici du droit ancien, suffira pour le lecteur ordinaire.

Le code Napoléon a aboli ces distinctions et notre code a suivi son exemple. Notre article 712, qui est donc de droit nouveau, se lit comme il suit :

712. "Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une suc-
" cession, doit rapporter à la masse tout ce qu'il a reçu du
" défunt par donation entre-vifs, directement ou indirectement;
" il ne peut retenir les dons, ni réclamer les legs à lui faits
" par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été
" faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense
" de rapport" (*a*).]]

Le fondement sur lequel repose l'idée du rapport est, ainsi que nous l'avons vu, d'une part, le désir qu'a la loi de maintenir l'égalité entre les héritiers, et, d'autre part, la présomption légale que le *de cujus* n'a pas eu l'intention de déroger à cette égalité, en faisant une libéralité à l'un de ses successibles.

Appliquée aux *donations*, cette présomption n'a rien que de très raisonnable. L'obligation de rapporter les choses données n'a pas pour effet d'anéantir complètement le bénéfice de la libéralité : le donataire, en effet, gagne les revenus, fruits ou intérêts, qu'il perçoit depuis la donation, jusqu'au jour du décès du donateur. Il est donc naturel de supposer que la donation *qui n'est pas accompagnée d'une clause expresse de préciput* n'a été, dans la pensée du donateur, qu'un *avancement d'hoirie;* qu'il n'a entendu procurer à son successible que l'avantage de jouir, avant le temps, des biens ou d'une portion des biens qu'il est appelé à recueillir un jour.

Quant aux *legs*, la même présomption ne se conçoit plus. Supposer que le testateur qui a fait un legs au profit de l'un de ses successibles n'a pas entendu, en le faisant, modifier le principe d'égalité, c'est évidemment se placer à côté de la vérité. *Paul*, qui a trois enfants et un patrimoine de 100,000 francs, lègue à son fils aîné une maison, dont la valeur est de 10,000 francs : n'est-il pas à peu près certain qu'il a pour but d'avantager son fils aîné, qu'il a entendu lui donner cette maison, outre la part à laquelle il aurait droit comme héritier *ab intestat ?* Qu'a-t-il voulu, en effet, s'il n'a pas entendu faire un legs *par préciput ?*

Le système de la loi est donc, quant aux *legs*, fondé sur une invraisemblance. On ne peut s'en rendre compte qu'en l'expliquant par l'influence des idées coutumières qui dominaient les

---

(*a*) Sauf la substitution des mots "à la masse" aux mots "à ses cohéritiers," c'est la copie textuelle de l'article 843 du code Napoléon.

rédacteurs de notre code. Sous l'empire des coutumes de Paris et d'Orléans, les qualités d'héritier et de légataire étaient incompatibles : l'héritier qui avait reçu un legs ne pouvait le réclamer, lors même qu'il était accompagné de la clause de *préciput*. Cela avait été admis, afin de conserver la paix et la concorde dans les familles. " Les jalousies, dit Pothier (1), auxquelles donnent lieu les avantages *par préciput* eussent été trop dangereuses à l'égard d'hommes guerriers, tels que nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de colère, et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres pour le moindre sujet." Les rédacteurs du code, abandonnant ce système, ont pensé qu'il était juste qu'un mourant pût, au moyen de quelques avantages préciputaires, marquer une affection particulière pour celui de ses parents duquel il a eu le plus à se louer de son vivant ; mais, dominés par ce principe d'égalité qui avait régi notre pays pendant plusieurs siècles, ils ont cru assez faire en accordant aux personnes la faculté de léguer *par préciput*. Novateurs timides, ils n'ont pas osé interpréter le legs fait à l'un des héritiers dans le sens d'un avantage préciputaire. Un testateur, ont-ils dit, peut déroger au principe d'égalité ; mais, si telle est son intention, qu'*il la fasse connaître expressément, nous ne la présumerons jamais* (2) !

Quoi qu'il en soit, on voit que, sous l'empire de notre code, le legs fait à un héritier sans clause expresse de préciput n'a d'autre avantage que de donner au légataire la faculté d'opter entre les biens légués et sa part héréditaire ; d'où il suit que si le bénéfice qu'il peut faire comme *légataire* est moins considérable que la part à laquelle il a droit comme *héritier*, le legs qu'il a reçu est pour lui sans avantage. — Toutefois, dans les cas où le rapport se fait en moins prenant (art. 725, 728), le légataire peut, en vertu de son legs, *retenir*, en la précomptant sur sa part héréditaire, la chose qui lui a été leguée (*a*).

[[Dans la cause de *De Tonnancourt & Salvas* (15 L. C. J., p. 113), la cour d'appel a décidé que les donations entrevifs sont sujettes à rapport, même sous l'empire de la législation de 1774 et 1801, établissant la liberté de tester.

---

(1) *Traité des successions*, chap. IV, art III, § 2.

(2) Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 626 *bis*, p. 599 et suiv.

(*a*) Les meubles se rapportent toujours en moins prenant (art. 725 et 726), les immeubles se rapportent, soit en nature, soit en moins prenant, au gré du rapportant (art. 728). Sous ce dernier rapport, notre code va plus loin que le code Napoléon.

Nous trouvons également dans la *Revue Légale*, t. 5, p. 591, une cause de *Richer* v. *Voyer*, dans laquelle le conseil privé aurait jugé que les légataires qui acceptent un legs renoncent par le fait à la succession, à moins que le legs ne soit fait hors part. Cette cause est également rapportée au *Law Reports*, 5 *Privy Council*, p. 461, mais ce point n'est pas noté au sommaire du rapport. En lisant les notes des juges, on voit qu'ils paraissent dire que des héritiers qui ont accepté un legs doivent être considérés comme ayant renoncé à la succession *ab intestat*. Il est incontestable qu'on ne peut être à la fois légataire et héritier, en ce sens qu'on ne peut conserver le legs et réclamer sa part héréditaire en entier, mais d'un autre côté, la renonciation devant toujours être expresse (art. 651), le fait que l'héritier a accepté le legs ne constitue pas renonciation à la succession *ab intestat*. Malgré cette acceptation, l'héritier peut réclamer sa part de succession, mais, dans ce cas, il aura à rapporter son legs, quand il n'en a pas été dispensé par le *de cujus*.]]

L'héritier qui renonce à la succession étant réputé n'avoir jamais été héritier, les choses doivent se passer à son égard comme si les dons qu'il a reçus avaient été faits à un *étranger ;* d'où la règle que l'héritier renonçant peut conserver les dons ou legs dont il a été gratifié.

[[C'est la disposition de l'article 713, qui est en ces termes :

713. " L'héritier peut cependant, en renonçant à la succes- " sion, retenir les dons entrevifs ou réclamer les legs qui lui " ont été faits " (*a*).

On a critiqué cette disposition en France. On prétend qu'elle n'est pas équitable, que celui qui a donné tous ses biens à l'un de ses enfants, sans clause de préciput, a pensé ne lui faire qu'un avancement d'hoirie, une présuccession, c'est-à-dire une avance sur sa part héréditaire. Or l'effet de cette donation, si le donataire renonce à la succession, c'est que les dons et les legs que le donateur fait ensuite aux personnes qui l'ont aimé et l'ont aidé dans ses peines, ne seront maintenus que si le premier donataire prend la qualité d'héri-

---

(*a*) L'article 845 du code Napoléon ajoute à cette disposition les mots : " jusqu'à concurrence de la portion disponible." La liberté de tester et de disposer étant absolue dans notre droit, le législateur a dû retrancher ces mots dans notre article.

Pour la même raison, l'article 844 du code Napoléon, qui limite le préciput et la dispense de rapport à la quotité disponible, a été entièrement omis par nos codificateurs.

tier. Je crois pour ma part que c'est là une situation que le donateur pouvait prévoir, et il n'a qu'à s'en prendre à lui-même si, après qu'il s'est dépouillé de tout, il se trouve dans l'impossibilité de gratifier ceux qui lui ont rendu des services. Il pouvait prévoir que le donataire choisirait le parti le plus avantageux, et, dans l'espèce, ce parti, c'est la renonciation à la succession qui n'a que des charges et qui n'a aucun bien.

On insiste et on dit que le code eût été plus juste et plus conséquent s'il eût dit : Ce que le fils a reçu de son père, il l'a reçu en sa qualité d'héritier ; c'est sa part héréditaire dont il a été investi par avance. Donc il n'a pas le droit de la conserver s'il n'est pas héritier, c'est-à-dire s'il renonce à la succession.

Ce système avait été proposé par Dumoulin, pour le cas du moins où la donation a été faite expressément par avancement d'hoirie, mais ce système ne prévalut pas dans la pratique, et l'ancien droit a toujours reconnu à l'héritier la faculté de conserver les dons qu'il avait reçus du défunt, en renonçant à la succession, lors même qu'ils étaient accompagnés d'une clause expresse d'avancement d'hoirie (*a*).

J'avoue que je ne puis voir dans l'article 713 rien d'inconséquent. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 652). Donc, du moment que le donataire renonce à la qualité d'héritier, c'est tout comme si la donation avait été faite à un étranger. Le donateur ne pouvait, même avec la clause d'avancement d'hoirie, forcer le donataire d'accepter la succession qui lui est déférée (art. 641). Décider donc que l'héritier qui renonce peut conserver les dons qui lui ont été faits par le défunt, c'est se conformer strictement aux principes qui régissent les donations entrevifs ainsi que la dévolution et l'acceptation des successions. Je n'y vois non plus rien d'injuste, surtout à l'egard du donateur et de ceux que ce donateur a gratifiés. Il est de l'essence même de la donation que le donateur se dessaisisse actuellement de la chose donnée (art. 777). Le donateur a donc créé l'état de choses dont il se plaint. En stipulant qu'il ne faisait la donation que par avancement d'hoirie, il savait très bien que cette clause ne produirait effet que si le donataire prenait la qualité d'héritier,

---

(*a*) Quand je dis l'ancien droit, j'entends le droit commun, c'est-à-dire la plupart des coutumes, telles que celles de Paris et d'Orléans. D'autres, au contraire, mais en petit nombre, consacraient la doctrine de Dumoulin. Voy. Pothier, *Successions*, ch. IV, art. II, § 1.

qualité que ce dernier pouvait repousser. Il a donc fait une disposition irrévocable avec la réserve que si le donataire se portait héritier, il ferait rapport de la chose donnée à la masse héréditaire. Cette condition manquant, la donation reste ce qu'elle était dans le principe, irrévocable. L'article 713 me paraît donc à la fois conséquent, puisqu'il s'harmonise avec les principes en matière de succession et de donation, et juste, puisqu'il ne fait que donner effet à la volonté du donateur.

Ce qui prouve du reste qu'il en est ainsi, c'est que le donateur peut empêcher que sa libéralité ne produise un résultat fâcheux, en stipulant expressément que la donation sera caduque si le donataire répudie la succession, ou bien qu'elle ne lui est faite qu'en sa qualité d'héritier, et qu'au cas où il renoncerait à cette qualité, il aurait à remettre les biens (*a*).]]

§ II.—*De la clause par laquelle le donateur ou testateur peut dispenser le donataire ou légataire de l'obligation de rapporter les dons ou legs dont il le gratifie.*

L'obligation de rapporter a pour fondement la présomption qu'en faisant une libéralité à son successible, le disposant l'a considérée comme une simple avance sur la part héréditaire de celui-ci, ou comme devant lui en tenir lieu : en conséquence, l'obligation de rapporter cesse si le disposant manifeste une volonté contraire. Cette volonté contraire doit être manifestée *expressément :* la loi ne la présume jamais. On l'exprime ordinairement de cette manière : Je donne ou je lègue *par préciput.... ;* je donne ou je lègue *hors part....* Mais ces formules ne sont point sacramentelles. La loi ne défend pas au disposant d'employer telle ou telle autre expression propre à manifester sa volonté. Tout ce qu'elle veut, c'est que la volonté du disposant résulte clairement et sans équivoque des termes, quels qu'ils soient, dont il s'est servi pour faire sa libéralité.

La clause de préciput peut être insérée soit dans le texte même de la donation ou du testament, soit après coup et dans

(*a*) L'article 745 du code Napoléon a donné lieu à de bien vives controverses, surtout à cause de l'exception qu'il fait en faveur de la réserve dont on ne peut disposer. On s'est demandé si l'héritier renonçant peut réclamer autre chose que la quotité disponible, ou s'il peut cumuler tout à la fois la réserve et la quotité disponible. Voy. ce que Sirey & Gilbert en disent sous cet article. Dans notre droit, il n'y a pas de réserve et nous échappons aux incertitudes de la doctrine française.

un acte postérieur. Mais, comme elle constitue elle-même une libéralité, puisqu'elle rend la première beaucoup plus profitable qu'elle ne l'était d'abord, elle ne peut être contenue que dans un acte revêtu des formes requises pour la validité des donations ou testaments.

§ III. — *Quelles personnes doivent le rapport.*

Celui-là est soumis au rapport qui est *donataire* ou *légataire* de la personne à la succession de laquelle il prend part en qualité d'héritier *ab intestat*. Telle est la règle ; voyons les détails.

Tout héritier *qui accepte* est soumis au rapport. *Tout héritier*, c'est-à-dire l'héritier bénéficiaire comme l'héritier pur et simple, en ligne directe ou collatérale, ascendante ou descendante. — Il importe peu qu'il ait été ou non héritier présomptif du disposant, au moment de la donation ou de la confection du testament : par cela seul qu'il est tout à la fois héritier *ab intestat* et donataire ou légataire, il est soumis au rapport (*a*). Une personne qui a un fils fait une donation à l'un de ses frères ; son fils étant prédécédé, le donateur meurt laissant ses frères pour héritiers : celui d'entre eux qui est donataire est tenu de rapporter, bien qu'il ne fût pas, au moment de la donation, héritier présomptif du donateur. La loi a considéré que le donateur, ayant pu dispenser son frère de l'obligation du rapport en prévision du cas où il deviendrait son héritier, et ne l'ayant pas fait, n'a pas entendu déroger au principe d'égalité qu'elle a établi entre héritiers.

I. Libéralités faites au fils du successible. — Elles sont [[sujettes au rapport. C'est la disposition de notre article 715 qui est en ces termes :

(*a*) C'est la disposition de l'article 714, qui est de droit nouveau et se lit comme suit.

714. " Le donataire qui n'était pas héritier présomptif lors de la dona-" tion, mais qui se trouve successible au jour de l'ouverture de la succes-" sion, doit le rapport, à moins que le donateur ne l'en ait dispensé."

L'article 846 du code Napoléon dit " doit *également* le rapport." Sauf l'omission de ce mot qui n'ajoute rien à la disposition, cet article a été textuellement reproduit par notre code.

Les codificateurs expliquent que notre article ne serait pas entièrement exact d'après la coutume de Paris, suivant laquelle les collatéraux n'étaient jamais tenus de rapporter les dons entrevifs, et pour cette raison ils l'indiquent comme ayant innové au droit ancien.

715. " Les dons et legs faits au fils (*a*) de celui qui se trouve " successible à l'époque de l'ouverture de la succession, sont " sujets au rapport.

" Le père (*b*) venant à la succession du donateur ou testa- " teur est tenu de les rapporter."

Cet article est tout justement l'inverse de l'article 847 du code Napoléon, qui déclare que ces dons et legs sont toujours réputés faits avec dispense de rapport par le père venant à la succession du donateur (*c*).

II. Libéralités faites au père du successible. — Elles doivent également être rapportées, et cela que le fils vienne à la succession de son chef ou par représentation, ou qu'il ait accepté ou répudié la succession de son père. Telle est la disposition de l'article 716 qui se lit comme il suit :

716. " Le petit-fils (*d*) venant à la succession de son aïeul " est tenu de rapporter ce qui a été donné à son père (*e*), quand " même il renoncerait à la succession de ce dernier."

L'article 848 du code Napoléon pose une autre règle. Il dit que le fils venant de son chef à la succession du donateur n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, quand même il aurait accepté la succession de celui-ci, mais que s'il ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession.

Les codificateurs ont préféré à cette disposition la règle de l'article 308 de la coutume de Paris. Il n'est question dans notre article que de la succession de l'aïeul, et dans ce cas, qui est textuellement prévu, il n'est pas douteux que le petit-fils doit le rapport de la donation faite au père. En est-il de même lorsque le père a reçu une donation d'un parent collatéral, à la succession duquel le fils est ensuite appelé ? La raison de douter, c'est d'abord que l'article 716 ne prévoit que le cas de la succession de l'aïeul, c'est-à-dire la succession en ligne directe descendante ; et ensuite que notre article 716 est copié

(*a*) Ou à la fille.

(*b*) Ou la mère.

(*c*) Les codificateurs expliquent que notre article est conforme à l'article 306 de la coutume de Paris, d'après lequel le don ou legs fait au fils est regardé comme fait au père. Ils ont préféré cette règle à celle du code Napoléon qui est critiquée par plusieurs auteurs.

(*d*) Ou la petite-fille.

(*e*) Ou à sa mère.

presque textuellement sur l'article 308 de la coutume de Paris, et que sous cet article le rapport de la donation faite au père n'était pas dû par le fils, lorsqu'il venait de son chef à une succession collatérale (*a*).

Malgré ces raisons je crois que le fils devra le rapport, même en faveur des héritiers collatéraux, de ce que le *de cujus* a donné à son père. Il faut surtout interroger la raison de la loi qui oblige le fils à rapporter ce qui a été donné au père et le père à rapporter ce qui a été donné au fils. Pothier (*Successions*, ch. 4, art. 2, § 4) nous dit que cette raison est tirée du principe que non seulement les avantages directs, mais encore les avantages indirects sont sujets à rapport, et que c'est un avantage indirect qu'on fait à un père quand on donne à ses enfants, et réciproquement. Ainsi, la donation faite au fils, était, sous l'ancien droit, présumée avoir été faite au père, et celle faite au père était réputée faite au fils, et le père ou le fils, selon le cas, était regardé comme le véritable donataire. Si donc, dans l'espèce de l'article 716, le petit fils est obligé de rapporter à la succession de son aïeul la donation reçue par son père, c'est que la loi considère le petit-fils comme le vrai donataire. Cela étant, et puisque tout héritier, dans les successions en ligne collatérale comme en ligne directe, doit depuis le code rapporter les avantages qu'il a reçus, il doit en être de même de ceux dont il est présumé être le donataire. Sans cela, la règle qui veut que la dispense de rapport soit expresse serait éludée. Le frère, seul de son degré, qui recevrait une donation de son frère, n'aurait qu'à répudier la succession de ce dernier, et il conserverait la chose donnée et ses enfants obtiendraient la pleine part héréditaire qui lui était destinéee. Le *de cujus* a voulu lui faire une avance sur sa succession, et par l'effet de sa renonciation il garderait cette avance et ses enfants recueilleraient, pour le tout, la part de laquelle cette avance devait être distraite. Et qu'on remarque bien la conséquen e de l'interprétation étroite et servile de l'article 716. L'article 715 est conçu en termes généraux ; donc, dans les successions collatérales comme dans les successions directes, le père rapporterait c qui avait été donné au fils ; au contraire, l'article 716 ne parlant que de la succession en ligne directe descendante, le fils ne rapporterait que dans ce seul cas la donation faite à son

(*a*) C'était, je l'ai dit, la règle générale pour les successions collatérales, mais cette règle a été changée par le code.

père. Une pareille contradiction n'a pu entrer dans les vues du législateur, et les deux dispositions s'inspirant du même principe, il faut leur donner la même interprétation. Je crois donc que dans tous les cas le fils fera rapport de la donation faite à son père.

Cette règle étant donc universelle, il n'est pas nécessaire de se demander si, dans le cas de la représentation, le représentant devra rapporter les avantages faits au représenté. Indépendamment des raisons que je viens d'énoncer, l'effet de la représentation étant de faire entrer le représentant dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté (art. 619), il n'est pas douteux que le rapport serait dû par le représentant comme il le serait par le représenté. C'est la disposition expresse de l'article 848 du code Napoléon (*a*).

Mais le représenté doit-il le rapport de tout ce qu'il a lui-même reçu directement du *de cujus?* On ne saurait en douter, car le représentant est un héritier et tout héritier doit le rapport de ce qu'il a reçu (*b*). La question est cependant controversée en France, mais la négative, qui peut invoquer certaines expressions de l'article 847 du code Napoléon, se trouverait désarmée en présence de la disposition formelle de notre article 715.

III. Libéralités faites soit à l'époux successible, soit à son conjoint, soit à l'un et à l'autre.—Ici le législateur n'a pas tracé une règle précise et il n'était pas possible de le faire, car le rapport sera ou ne sera pas ordonné suivant l'intérêt que l'héritier peut avoir dans la chose donnée ou léguée, ou le profit qu'il en retire. D'ailleurs l'article 717 répond à cette question en ces termes :—

717. " L'obligation de rapporter les dons et legs faits pen-
" dant le mariage, soit à l'époux successible, soit à son conjoint
" seul, soit à l'un et à l'autre, dépend de l'intérêt qu'y a l'héritier
" successible et du profit qu'il en retire, d'après les règles
" exposées au titre des conventions matrimoniales, quant à
" l'effet des dons et legs faits aux conjoints pendant le
" mariage."

(*a*) Si de plusieurs héritiers appelés par représentation un seul accepte la succession, il devra rapporter la totalité de la chose donnée au représenté et non sa part héréditaire de cette chose seulement, car il entre dans tous les droits du représenté, et, partant, il assume toutes ses obligations. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 248.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinetie, nº 248.

L'article 849 du code Napoléon contient une règle différente. Il porte que les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible sont réputés faits avec dispense du rapport ; mais que si les dons et legs sont faits conjointement à deux époux, dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié ; si les dons sont faits à l'époux successible, il les rapporte en entier.

L'article 849 du code Napoléon prévoit donc trois cas : 1° la libéralité a été faite au conjoint de l'époux successible : ce dernier ne doit aucun rapport ; 2° elle a été faite aux deux époux conjointement : le successible en rapporte la moitié ; 3° elle a été faite au successible lui-même : le rapport se fait du tout. Cela équivaut à dire qu'il n'y a lieu à rapport que si le successible lui-même a été gratifié, et cette règle est logique dans le code Napoléon, car la libéralité faite au père, au fils ou à l'époux du successible est, en France, censée faite à un étranger. Dans ce système, peu importe que la donation faite à la femme du successible tombe dans la communauté, et que le mari en profite ; ce profit n'est pas censé venir du défunt, mais de la société que l'héritier successible a contractée avec sa femme. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 854 C. N., n° 9.

Dans notre droit, au contraire, la loi regarde la libéralité faite au père ou au fils de l'héritier comme ayant été faite à ce dernier, par personne interposée, et c'est pour cette raison que le rapport doit en être fait. Puis vient le cas d'une donation ou d'un legs fait au conjoint du successible : le législateur ne considère plus que la libéralité a été faite à l'héritier par personne interposée, mais il pose une autre règle en cherchant le profit qu'en tire l'héritier Ce profit est censé lui venir du *de cujus* et l'héritier fait le rapport jusqu'à concurrence de son intérêt. Au fond, dans notre droit comme dans le droit français, on se demande si le successible a été gratifié, mais dans notre droit on voit gratification dans le profit qui advient au successible par suite des conventions matrimoniales qu'il a faites avec son conjoint, tandis qu'en France ce profit indirect est écarté et n'entre pas en ligne de compte. La règle du droit français est plus simple ; celle de notre droit témoigne de la scrupuleuse mais peut-être excessive précaution que le législateur prend pour faire respecter, jusqu'à dans ses conséquences les plus éloignées, le principe de l'égalité entre héritiers.

Les codificateurs expliquent leur pensée en disant que " si " l'héritier successible profite seul de tout le don, il devra le

" rapporter en entier ; s'il ne profite que d'une part, de la " moitié par exemple, il ne rapportera que cette portion ; si " enfin l'autre époux est seul à profiter du don ou du legs, " l'héritier ne rapporte rien."

Tenant ces principes bien en vue, efforçons-nous d'expliquer notre article ; il nous faut pour cela explorer le large champ des conventions matrimoniales. Il y a sous ce rapport quatre régimes à envisager : la communauté légale, la communauté conventionnelle, l'exclusion de la communauté, et la séparation de biens.

1° *La communauté légale.* — Cette communauté — pour ne considérer que ce qui lui advient durant le mariage — se compose en capital de tout le mobilier que les époux acquièrent ou qui leur échoit, à titre de succession, si le donateur ou le testateur n'a exprimé le contraire (art. 1272). Les immeubles que les époux acquièrent par donation pendant le mariage tombent également en communauté (art. 1272), mais ceux qui leur échoient par succession ou à titre équipollent en sont exclus (art. 1275). Remarquons toutefois qu'à l'égard des immeubles, les donations par contrat de mariage, y compris celles à cause de mort, celles faites durant le mariage, et les legs faits par les ascendants de l'un des époux, soit à celui d'entre eux qui est leur successible, soit à l'autre, à moins de déclaration explicite du contraire, ne sont censés faits qu'à l'époux successible et lui demeurent propres comme équipollents à succession, et la même règle a lieu lors même que la donation ou le legs est fait dans ses termes aux deux époux conjointement. Toutes autres donations et tous autres legs ainsi faits par d'autres, aux époux conjointement ou à l'un d'eux, suivent la règle contraire et entrent dans la communauté, à moins qu'ils n'en aient été exclus spécialement (art. 1276).

Le mari seul a l'administration des biens de cette communauté et peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme, et même en disposer à titre gratuit, pourvu que ce soit en faveur de personne capable et sans fraude (art. 1292). Enfin, la communauté, à sa dissolution, se partage par moitié entre le mari et la femme acceptante, ou leurs ayants droit, ou bien si la femme renonce, la totalité de la communauté appartient au mari.

Cela étant, posons quelques hypothèses.

La donation sujette à rapport était mobilière et elle a été faite soit au mari, soit à la femme, soit à l'un et à l'autre. Elle est tombée alors dans la communauté, si le donateur ne

l'a pas exclue expressément. Dans ce cas, que le successible soit le mari ou la femme, et que la donation ait été faite à ce successible ou à son conjoint. ou à tous les deux, le résultat est le même. L'intérêt de chaque époux était de la moitié ; c'est donc la moitié qui devra être rapportée, quel que soit le donataire, lorsque la femme a accepté la communauté ; au contraire, si la femme a répudié la communauté, le mari recueille toute la donation, et dans ce cas, bien que la donation ait été faite à la femme, le mari rapportera le tout. Quant à la femme, — que la donation lui ait été faite, ou qu'elle ait été faite à son mari, — elle ne rapportera jamais que la moitié et ne fera aucun rapport si elle renonce à la communauté. Il peut y avoir quelque difficulté pour le cas où la communauté n'est pas encore dissoute, car alors on ne sait si la femme l'acceptera ou la répudiera. Dans ce cas, Pothier (*Successions* ch. 4, art. 2, § 4, éd. Buguet, t. 8, pp. 165-6) enseignait que la femme devrait rapporter la moitié provisionnellement, sauf son recours en répétition, au cas où elle renoncerait subséquemment à la communauté.

La donation était immobilière. Si elle est tombée dans la communauté, aux termes des règles que j'ai rapportées, la solution est la même que pour la donation mobilière et cela quel que soit le successible ou l'époux à qui elle est faite. Si, au contraire, elle n'est pas entrée dans la communauté, mais est restée propre à l'un des époux, alors le successible devra le rapport en entier si la donation lui a été faite et n'en fera aucun si c'est son conjoint qui a été gratifié.

2° *La communauté conventionnelle.*—Les époux peuvent, par leur contrat de mariage, modifier la communauté légale par toutes espèces de conventions non contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, et qui ne portent pas atteinte à la puissance maritale ou paternelle. On comprend donc qu'il peut y avoir une grande diversité de conventions matrimoniales. Le législateur indique cependant sept régimes spéciaux : 1° la communauté avec clause de réalisation ; 2° la communauté avec clause d'ameublissement ; 3° la séparation de dettes ; 4° la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte ; 5° le préciput conventionnel ; 6° l'attribution de parts inégales ; 7° la communauté à titre universel (art. 1384).

a. La communauté avec clause de réalisation.—L'effet de cette clause est d'exclure de la communauté, en tout ou en partie, les meubles qui sans cela y tomberaient (art. 1385). Les immeubles subissent alors les mêmes règles générales, quant à

la composition de l'actif, que dans le cas de la communauté légale. Il s'ensuit que le rapport d'une donation immobilière se fera comme s'il s'agissait de cette communauté. Quant à la donation mobilière, si la réalisation est complète et absolue, le rapport ne sera dû que lorsqu'elle a été faite à l'époux successible ; et, alors, il se fera en entier. Si la réalisation n'est que partielle et que la donation tombe en tout ou en partie dans la communauté, le rapport sera fait conformément à l'intérêt de l'époux dans les choses données qui sont devenues communes. On appliquera alors la même règle que pour la communauté légale.

b. La communauté avec clause d'ameublissement. — La clause d'ameublissement est celle par laquelle les époux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs (art. 1390). Dans ce cas, le rapport d'une donation mobilière se fera comme s'il s'agissait de la communauté légale. Le rapport d'une donation immobilière se fera ou non, suivant que les immeubles donnés sont entrés en communauté, et alors, on appliquera ce que j'ai dit du rapport d'un immeuble qui est entré dans la communauté légale. Lorsque l'ameublissement est général, il n'y a point de difficulté. Lors, au contraire, qu'il est particulier, il faut voir si l'ameublissement est déterminé ou indéterminé. Au premier cas, si tout l'immeuble est entré en communauté, l'époux successible rapportera la moitié, à moins que la femme ne renonce, et alors, le mari, s'il est successible, rapportera le tout. Si l'immeuble a été ameubli jusqu'à concurrence d'une certaine somme, celui des époux qui est successible rapportera la moitié de cette somme, sauf le cas où la femme répudie la communauté, ce qui entraînera le rapport total de cette somme par le mari héritier. La portion non ameublie sera rapportée au cas seulement où la donation a été faite à l'époux successible. Au second cas, quand l'ameublissement est indéterminé, la communauté n'acquiert pas la propriété des immeubles de l'époux qui a consenti l'ameublissement, mais ce dernier devra comprendre dans la masse, lors de sa dissolution, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme promise (art. 1394). Donc, si la succession du donateur s'ouvre après le rapport, on règlera ce rapport suivant que l'immeuble donné a été mis ou non dans la masse de la communauté, et suivant que la femme a accepté ou renoncé. Si elle s'ouvre avant la dissolution, la communauté n'étant pas propriétaire de l'immeuble donné, qui, peut-être, ne figurera jamais dans la masse à par-

tager, le rapport n'en sera dû que lorsque l'époux successible lui-même a été gratifié par le donateur.

c. La séparation de dettes. — Cette stipulation ne regardant que la contribution aux dettes, les principes qui régissent le rapport dans la communauté ordinaire ont ici toute leur application.

d. De la faculté accordée à la femme de reprendre son apport franc et quitte.—Quand la femme a stipulé le droit de reprendre son apport franc et quitte en cas de renonciation à la communauté, il y a deux hypothèses à envisager. La femme a exercé ce droit et a renoncé à la communauté. Dans ce cas, le mari successible ne sera tenu d'effectuer aucun rapport des donations faites à sa femme et cette dernière, si elle est héritière du *de cujus*, sera seule tenue de faire ce rapport. Si la femme a accepté la communauté, alors l'époux successible rapportera la moitié des biens donnés qui sont tombés dans la communauté. Lorsque la faculté de la femme de reprendre son apport est limitée à certains biens, le rapport des autres se fera, comme dans le cas de la communauté légale. Il en sera de même, dans tous les cas, quant au rapport des donations faites au mari et qui entrent en communauté ; le mari et la femme successibles en rapporteront chacun la moitié si la femme accepte la communauté ; le mari successible rapportera le tout si la femme a renoncé.

e. Le préciput conventionnel.—En vertu de cette clause l'époux survivant peut être autorisé à prélever certains biens avant tout partage. Ce droit n'appartient à la femme que lorsqu'elle accepte la communauté, à moins que le contrat de mariage ne le lui ait réservé même en renonçant (art. 1401). Si donc il s'agit de déterminer le rapport d'une donation, on aura à se demander si l'époux successible a prélevé les biens donnés et alors il devra le rapport en entier ; si le prélèvement n'est que partiel, il rapportera en entier les biens qu'il a prélévés et le rapport des autres biens se fera comme pour la communauté légale.

f. L'attribution de parts inégales dans la communauté. L'effet de cette convention, c'est que, quant aux biens qui tombent dans la communauté, le rapport se fera dans les mêmes proportions que le partage des biens de cette communauté. Mais quand il a été stipulé que la femme, moyennant le paiement d'une somme déterminée retiendra toute la communauté, et qu'elle y renonce (art. 1410), le mari successible ou ses héritiers feront le rapport en entier, parce que dans

ce cas ils prennent toute la communauté. S'il est convenu que la totalité de la communauté appartiendra à l'un des epoux, l'autre époux ou ses héritiers pouvant reprendre tous les biens qui sont venus de son chef, le successible qui reprend les biens donnés qui sont entrés dans la communauté, fera également le rapport en entier.

g. La communauté à titre universel. — Dans ce cas, si la stipulation comprend tous les biens, les meubles et les immeubles seront rapportés pour une moitié par l'époux successible, sauf dans le cas où la femme a renoncé, et alors le mari fera le rapport en entier et la femme en sera déchargée.

3° *L'exclusion de la communauté.* — Ici il n'y a point de communauté ; le mari a la jouissance de tous les biens de sa femme, mais la propriété en reste à cette dernière. Donc si la femme est successible et qu'elle ait été gratifiée, elle seule devra le rapport. Le mari successible rapportera également ce qui lui aura été donné.

4° *La séparation de biens.* — La même règle s'applique encore ici. Le rapport ne sera dû par l'époux successible que s'il est donataire, et alors il le devra en entier.

Cette explication de l'article 717 est très incomplète, mais s'il fallait tenir compte de chaque nuance de ces conventions qui sont si compliquées, cela nous entraînerait à des longueurs incompatibles avec la nature de cet ouvrage. Je crois que les principes que j'ai posés aideront à la solution de chaque cas particulier (*a*).

J'ajouterai qu'il faudrait, dans le cas de la communauté tripartite, régler l'obligation du mari ou de la femme d'effectuer le rapport, eu égard à sa part dans cette communauté.]]

(*a*) Dans l'ancien droit, on faisait, quant au rapport des donations faites aux époux ou à l'un d'eux, des distinctions que Bugnet qualifie de très arbitraires et fort embarrassantes. On se demandait, lorsque la donation était faite par un père à son gendre, si la fille avait ou non des enfants du donataire, ou bien, comme notre code le fait lui-même, si la fille avait accepté ou répudié la communauté. Quand la fille avait des enfants du donataire, Lebrun enseignait que sa renonciation à la communauté ne l'exemptait pas de l'obligation d'effectuer le rapport en entier. Pothier accueillait cette doctrine dans le cas où les enfants acceptaient la succession du donataire (*Successions*, ch. 4, art. 2, § 4 ; éd. Bugnet, t. 8, p. 165). Notre article 717, bien qu'il ne soit pas indiqué comme ayant innové à l'ancienne jurisprudence, pose une tout autre règle, à laquelle je crois préférable de m'en tenir, tout en reconnaissant que la distinction de Pothier entre dans l'esprit, sinon dans la lettre de notre article 715

§ IV.—*A quelle succession se fait le rapport.*

Le rapport n'étant dû que par celui qui est en même temps héritier *ab intestat* et donataire ou légataire du défunt, il en résulte que le rapport des dons et legs n'est dû qu'à la succession de la personne qui les a faits : ce n'est, en effet, que dans cette succession que l'égalité a été rompue. Ainsi, je ne dois pas à la succession de mon père les dons que je tiens de mon grand-père ; à la succession de ma mère ce que je tiens de mon père et réciproquement (*a*).

§ V. — *Quels avantages sont sujets à rapport, quels avantages n'y sont pas soumis.*

L'héritier est tenu de rapporter, non seulement les libéralités par acte entrevifs ou par acte de dernière volonté dont le *de cujus* l'a gratifié, mais encore les sommes dont il était son débiteur (*b*). Ainsi, il doit rapporter : 1° les choses qui lui ont été *données* ; 2° celles qui lui ont été *léguées* ; 3° les sommes dont il était *debiteur* envers le défunt, par suite d'un prêt ou de toute autre cause, et, par exemple, parce que le défunt a payé ses dettes.

Sommes prêtées par le de cujus *à l'un des successibles ou employées à l'acquittement de ses dettes* (1). La loi exige que les sommes *dues* par l'un des successibles au défunt soient rétablies dans la masse partageable, ou que ses cohéritiers prélèvent des sommes égales à celles dont il est *débiteur*, afin qu'ils ne soient pas réduits au simple rôle de créanciers ; elle veut, en un mot, que les choses soient rétablies dans l'état où elles seraient si les sommes que l'un des successibles doit au défunt n'étaient point sorties du patrimoine de ce dernier (art. 700 et 719) (*c*). Autrement, c'est-à-dire si l'héritier, débiteur

(1) Voy. dans la *Revue pratique*, t. 7, p. 475 et suiv., l'article de M. Labbé sur le *rapport des dettes*.

(*a*) C'est la disposition de l'article 718 qui se lit comme il suit :
718 " Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur ou testa-" teur."
Notre article est la copie textuelle de l'article 850 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne contient pas les mots " ou testateur."

(*b*) Cette règle est énoncée par l'article 712 cité plus haut.

(*c*) Ce dernier article, qui est copié textuellement sur l'article 851 du code Napoléon, est en ces termes :

du défunt, avait le droit de partager la succession dans l'état où elle se trouve, sauf à rester débiteur, envers ses copartageants, jusqu'à concurrence de la part de créance à laquelle ils ont droit en leur qualité d'héritiers, l'égalité serait rompue : car, tandis qu'il aurait toute sa part en nature, toute sa part en bons deniers comptants, le lot de ses copartageants serait en partie composé d'une simple créance contre lui ; ils seraient exposés à un danger, le risque de l'insolvabilité de leur copartageant, tandis que celui-ci n'aurait aucun risque à courir.

Le rapport des sommes dont un successible est *débiteur* envers le défunt ne doit pas être confondu avec le rapport des *libéralités* dont il a été gratifié. Ainsi :

1° Le successible *donataire* ou *légataire* peut, en renonçant à la succession, conserver les dons ou réclamer les legs à lui faits. Le successible *débiteur* ne peut point, par sa renonciation, se soustraire à l'obligation de payer à la succession les sommes qu'il devait au défunt.

2° Le successible *donataire* n'est comptable des choses qui lui ont été données par le *de cujus*, ni envers les créanciers de celui-ci, ni envers ses légataires (art. 723, *infra*), tandis que le successible *débiteur* leur doit compte des sommes qu'il devait au défunt.

On voit, d'après cela, combien il importe de distinguer si le *de cujus* qui a payé, avec son propre argent, les dettes de l'un de ses successibles, a entendu lui faire une libéralité, si c'est *animo donandi* qu'il a fait le payement, ou s'il n'a eu d'autre but que de gérer ses affaires, se réservant de recourir contre lui pour se faire rendre les sommes employées à sa libération. Dans le premier cas, en effet, le successible est *donataire*, tandis que dans le deuxième, il est *débiteur* des sommes qu'à dépensées le *de cujus*.

Le successible doit-il rapporter les sommes qui ont été employées à payer ses dettes *annulables* ou *rescindables* ? Ainsi, un mineur emprunte une somme qu'il emploie en folles dépenses ; il peut, s'il le veut, ne pas la payer. Cependant, son père a cru devoir l'acquitter : le rapport est-il dû ? La négative est généralement admise. Dans l'espèce, dit-on, le uccessible n'a retiré aucun avantage du déboursé qui a été fait, puisqu'il pouvait ne pas payer la dette qui a été mal à propos acquittée en son nom. Le rapport, s'il était dû, romprait l'égalité au lieu de la maintenir, puisqu'il mettrait à la charge

---

719. " Le rapport est dû de ce qui a été employé pour l'établissement " d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de ses dettes."

exclusive de l'un des successibles un payement dont il n'a pas profité, que le *de cujus* a fait imprudemment (1).

Frais d'établissement.—Ces frais sont soumis au rapport. Ainsi, les sommes que le *de cujus* a dépensées pour doter l'un de ses successibles, pour lui acheter un fonds de commerce, un bureau, sont rapportables. Mais qu'était-il besoin de le dire expressément ? Ou ces sommes ont été dépensées *animo donandi*, et alors le successible qui en a profité en doit le rapport comme *donataire ;* ou elles l'ont été à titre d'avance, de *prêt* ou de *gestion d'affaires*, et alors le successible en doit le rapport en qualité de *débiteur du défunt :* le doute n'était donc pas possible ! Peut-être le législateur a-t-il cru nécessaire de s'exprimer formellement sur ce point, ainsi que le faisaient les anciens auteurs, dans la crainte qu'on ne considérât l'établissement fourni au successible, non pas comme une libéralité ou une avance, mais comme le payement d'une dette naturelle reconnue par la loi.

Frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage ; frais ordinaires d'équipement.—Ces frais ne sont point rapportables [[aux termes de l'article 720 qui reproduit la substance de l'article 852 du code Napoléon. Notre article porte que " les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'ap-" prentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux des " noces et les présents d'usage, ne sont pas sujets à rapport."]]

Quant aux frais *de nourriture* et *d'entretien*, on conçoit sans peine qu'ils ne soient pas soumis au rapport, s'ils ont été faits par un ascendant au profit de son descendant, ou récipro-

---

(1) En ce sens, voy. notamment M. Laurent, t. 10, n° 600.—Cette décision est certainement fort logique et conforme aux principes qui régissent la théorie du rapport ; je ne la crois pas bonne cependant, [[dit Mourlon.]] Quiconque lira attentivement la discussion sur ce point au Conseil d'État, restera convaincu que le rapport est dû. Le système qu'on suit aujourd'hui, ayant été proposé par M. Berlier, fut très vivement critiqué par MM. Treilhard, Bigot-Préameneu et Tronchet.—Ce dernier soutint même qu'il était immoral, qu'il invitait le fils à dépenser, et qu'il importait, au contraire, de le maintenir par *l'obligation du rapport*. De la règle *générale* de l'art. 719 : " l'héritier doit rapporter les sommes employées au payement de ses *dettes*." De ses dettes.. sans distinguer, omme le proposait M. Berlier, entre le payement des dettes valables et e payement des dettes annulables.—Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 631, p. 625.

[[Malgré le dissentiment de Mourlon, je crois devoir suivre la doctrine de la majorité des auteurs. La dette n'existant pas à l'égard du mineur lésé, je ne vois pas comment celui qui l'a payée pour ce mineur peut être censé lui avoir fait une libéralité ou avoir géré ses affaires.]]

quement. Dans ce cas, en effet, il n'y a eu, de la part du *de cujus*, ni donation ni avance ; il y a eu payement d'une dette civile ; le successible n'a fait que recevoir ce qui lui était dû, ce qu'il avait droit d'exiger (art. 166 et 168).

Le motif de la loi n'est plus aussi évident, en ce qui touche : 1° les frais de nourriture et d'entretien faits par tout autre parent qu'un ascendant ou qu'un descendant ; 2° les frais d'*éducation*, d'*apprentissage* et d'*équipement*. L'auteur de ces dépenses a, en les faisant, accompli une obligation *purement morale* ; or le paiement d'une dette qui n'a aucune base dans la loi civile, que le législateur confie à la conscience de chacun, constitue précisément une *donation*. Ainsi, il y a eu une *donation*, et cependant le successible qui l'a reçue n'est pas soumis au rapport. Quel est le motif de cette exception ? On a dit : " Ces dépenses ont, à la vérité, profité au successible dans l'intérêt duquel elles ont été faites ; mais elles n'ont pas nui aux autres héritiers. Il est, en effet, probable que le *de cujus* les a faites sur *ses revenus* ; or, s'il n'eût pas ainsi employé ses revenus, il les eût dépensés d'une autre manière : il aurait eu plus de luxe dans sa maison, *lautius vixisset*. Le profit que le successible a retiré de ces dépenses n'a donc pas nui a ses cohéritiers : dès lors, il n'en doit pas le rapport. En d'autres termes, le rapport n'est pas dû, *parce que les dépenses dont le successible a profité sont supposées prises, non sur le* CAPITAL, *mais sur les* REVENUS, *c'est-à-dire sur les biens qui, d'après leur nature, étaient destinés, par le* de cujus, *à être dépensés d'une manière quelconque.*"

Cette considération a bien pu entrer pour quelque chose dans les dispositions que nous expliquons ; mais je ne pense pas qu'elle en ait été la raison essentielle et déterminante. Deux motifs me le font croire :

1° Si le *de cujus* avait donné *directement* une portion de ses *revenus* à l'un de ses successibles, ou s'il l'avait employée soit à son *établissement*, soit au *payement de ses dettes*, le rapport serait dû : donc il ne faut pas dire, d'une manière générale et absolue, que les libéralités qui sont faites avec des *revenus* ne sont pas rapportables.

2° Les frais d'éducation, d'apprentissage et d'équipement ne sont pas rapportables, lors même qu'ils sont pris sur le *capital* : la loi, en effet, ne fait aucune distinction. Donc il n'est pas exact de dire que, si les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage, ne sont pas soumis au rapport, c'est *uniquement* parce qu'ils sont présumés pris sur es revenus.

Si la loi a fait cette exception, c'est surtout, je crois, en ce qui touche les frais de *nourriture* et d'*entretien*, parce qu'il eût été trop dur pour le successible de rapporter des sommes qui ont été, il est vrai, dépensées à son profit, mais qui ne se trouvent pas dans son patrimoine, qu'il n'a pas capitalisées ; en ce qui regarde les frais *d'éducation*, parce que le bénéfice pécuniaire qu'un enfant retire de l'éducation qu'on lui a donnée étant le plus souvent inférieur à la dépense et même quelque fois nul, c'eût été lui causer un préjudice considérable que de mettre à sa charge exclusive toutes les dépenses que le *de cujus* a cru devoir faire à son occasion (1).

Cette explication, je le reconnais, n'est pas concluante quant aux *frais d'apprentissage :* dans ce cas, en effet, le successible retire le plus souvent un avantage pécuniaire très notable des dépenses qui ont été faites dans son intérêt.

Peut-être la loi a-t-elle été un peu loin : il eût été préférable de laisser aux juges un pouvoir discrétionnaire et le soin de décider selon les circonstances. Dans certains cas, un successible aura reçu une éducation distinguée qui l'aura placé dans une position brillante, tandis que le *de cujus* aura laissé ses autres enfants dans une position inférieure.

La loi a voulu, sans doute, parer aux difficultés d'appréciation que ce pouvoir discrétionnaire donné aux juges n'eût pas manqué de faire naître.

Toutefois, il est impossible de leur refuser tout pouvoir d'appréciation. Ils auront toujours à rechercher si les frais qui ont été faits sont bien réellement des frais de nourriture, d'entretien, d'éducation ou d'apprentissage : car, si, d'une part, les frais faits n'ont pas ce caractère, et si, d'autre part, ils ont procuré au successible un bénéfice appréciable en argent, le rapport sera dû. Mais je ne crois pas qu'il soit vrai, ainsi qu'on le dit souvent, qu'il y a lieu au rapport des frais réellement faits pour l'entretien, l'éducation ou l'apprentissage, lorsque le *de cujus* a été obligé, pour y faire face, de *prendre sur son capital.*

Ma théorie est celle-ci : Les frais qui ont été faits ont-ils réellement eu pour objet la nourriture, l'entretien, l'éducation ou l'apprentissage du successible : fussent-ils pris *sur le capital,* le rapport n'en est pas dû. N'ont-ils pas ce caractère : fussent-ils pris uniquement sur les revenus, le rapport en est

---

(1) Comp. MM. Dem., t. 3, n° 188 *bis*, I, Demol., t. 16, n[os] 406 et suiv. ; Aubry et Rau, t. 6, § 631, note 34 ; Laurent, t. 10, n° 623.

dû, si le successible dans l'intérêt duquel ils ont été faits en a réellement bénéficié. Ainsi, un père a donné à son fils des diamants, des voitures, des chevaux, des meubles d'un grand prix : il y a lieu au rapport. En effet, d'une part, la dépense a procuré au successible un bénéfice pécuniaire appréciable, et, d'autre part, il n'est pas possible de la considérer comme une dépense *ordinaire* (1) *d'entretien*. Un père, faisant faire son droit à son fils, lui compose une bibliothèque de luxe : le rapport est dû. En effet, d'une part, la dépense qui a été faite a procuré à ce fils un profit appréciable en argent, et, d'autre part, il est impossible de la considérer comme une dépense *ordinaire* d'éducation (M. Val.) (*a*).

Frais de noces et présents d'usage. — Ces frais sont également dispensés du rapport. Peu importe que le *de cujus* ait employé, à cet effet, une portion de son capital, ou ses revenus seulement : la loi, je le répète, ne distingue pas.

Les *frais de noces* ne sont pas soumis au rapport, lors même qu'ils sont *extraordinaires*. Le *de cujus* les a faits en son propre nom, pour sa satisfaction personnelle, ou plutôt pour l'honneur de sa maison ; le successible qui y a donné occasion n'en a retiré aucun profit pécuniaire : par conséquent, il n'en doit pas le rapport.

Quant aux *présents de noces*, les juges ont à rechercher si ce qui a été donné constitue seulement un simple présent, un cadeau, ou si on peut le considérer comme une portion de la dot, c'est-à-dire comme une *donation* de nature à procurer au successible non pas seulement une satisfaction de cœur, mais une véritable augmentation de fortune.

[[Les *présents d'usage* sont ceux qui se font d'habitude aux diverses circonstances de la vie. Le trousseau donné à l'occasion du mariage est-il un présent d'usage ? M. Baudry-Lacantinerie, n° 259, dit qu'il est difficile de résoudre cette question d'une manière absolue, tout dépendant des circonstances, parmi lesquelles figurent principalement l'importance du don et la fortune du donateur ainsi que son intention. Si ce trousseau était compris dans la dot, sa valeur devrait être rapportée. Il y a beaucoup de diversité dans les arrêts rendus sur ce sujet en France, mais M. Baudry-Lacantinerie fait remarquer que ce sont des arrêts d'espèce.]]

---

(1) L'art. 720 n'applique le mot *ordinaire* qu'aux dépenses d'*équipement ;* mais il est évident qu'il faut, par analogie, l'appliquer aux frais d'*entretien*, d'*éducation* ou d'*apprentissage*.

(*a*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 259.

Avantages que le successible a retirés des contrats à titre onéreux intervenus entre lui et le DE CUJUS. — Ces avantages sont-ils sujets à rapport ? La loi distingue : ils ne sont point rapportables si les conventions d'où ils sont nés *ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites* (*a*). Ainsi, un père vend à son fils, pour la somme de 50,000 francs, un terrain dont la valeur est de 45 à 50,000 francs ; postérieurement au contrat, ce terrain acquiert, par suite d'une circonstance fortuite, une plus-value considérable ; le fils n'a rien à rapporter. En effet, le contrat qui a été l'occasion de cette bonne fortune ne présentait, au moment où il a été fait, aucun avantage indirect ; bien que l'acheteur se soit enrichi, le vendeur ne lui a rien donné du sien. — Si le profit qu'il a fait provient non d'une circonstance postérieure au contrat, mais du contrat lui-même, ce profit rentre alors dans la classe des libéralités indirectes et, par suite, dans celle des choses rapportables. Toutefois, il en serait autrement si le profit qu'il a retiré était assez minime pour qu'on pût le considérer, non comme une libéralité indirecte, mais comme le résultat régulier et ordinaire d'un contrat à titre onéreux. Soit un immeuble de 50,000 francs, vendu pour la somme de 30,000 francs : la différence entre la valeur de l'objet vendu et le prix de vente constitue une libéralité indirecte : car si le *de cujus*, au lieu de vendre son immeuble à son successible, l'eût vendu à un étranger, il n'est pas probable qu'il l'eût cédé à un si bas prix. Que si, au contraire, l'immeuble a été vendu 45 ou 48,000 francs, le profit que le successible retire du contrat n'est pas une libéralité indirecte ; c'est un bénéfice que lui a procuré le jeu régulier et ordinaire d'un contrat à titre onéreux ; il n'y a pas *libéralité*, car le *de cujus* a traité avec son successible comme il eût traité avec un étranger (1).

[[Le code Napoléon va encore plus loin et dit (art. 854) que pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique. Cet article a été omis par nos codificateurs qui ne s'expliquent pas sur les motifs de son omission. Probablement qu'ils le

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 631, p. 628 et 629.

(*a*) C'est ce que l'article 721, qui reproduit la substance de l'article 853 du code Napoléon, dit en ces termes.

721. " Il en est de même des profits que l'héritier a pu retirer de con-" ventions faites avec le défunt, si elles ne présentent aucun avantage " indirect, lorsqu'elles sont faites."

regardaient comme inutile, puisqu'il ne fait que l'application, à un cas particulier, de l'article 721. En effet, on enseigne, en France, que le rapport du bénéfice que l'héritier a retiré de ces associations n'est pas dû, lorsque ces associations ne présentaient aucun avantage indirect au moment de leur formation. Ce n'est donc que l'application de la règle de notre article 721. Étant de principe que l'héritier doit le rapport de tous les avantages même indirects qu'il a reçus du défunt, l'association ou la société, si elle contient un tel avantage, donnera lieu au rapport.

L'article 854 du code Napoléon exige que les conditions de l'association aient été réglées par un acte authentique. On motive cette disposition en disant que l'acte sous seing privé pouvant être détruit facilement, les cohéritiers du successible — si un tel acte suffisait — seraient, au cas de sa suppression, privés du moyen de vérifier les clauses de l'acte de la société, afin de voir s'il contient ou non des avantages indirects. Nos codificateurs n'ayant pas reproduit l'article 854 C. N., la société par acte sous seing privé pourrait bénéficier de la règle de l'article 721, sauf, cependant, la question de preuve.]]

En résumé, toutes les libéralités qui n'ont pas été faites avec une clause " EXPRESSE " de préciput sont rapportables, qu'elles soient " DIRECTES OU INDIRECTES " (art. 712).

Doivent être rangées dans la classe des libéralités *directes* :

I. Les libéralités résultant soit d'une donation intervenue entre le *de cujus* et le successible, avec toutes les solennités requises pour la validité des donations, soit d'un legs fait à un successible lui-même.

II. Les libéralités *mobilières* effectuées au moyen d'une tradition consentie par le donateur *à son successible* : ces libéralités se font, en effet, de la manière la plus formelle, avec l'intention positive de constituer un avantage au successible, avantage qu'il reçoit directement du donateur, sans détour et sans intermédiaire.

III. Les libéralités résultant de la remise d'une dette par un créancier à son successible : l'avantage qu'a reçu son successible est, en effet, le résultat d'une convention intervenue sans aucun détour entre lui et le *de cujus* (art. 1181).

Doivent être rangées dans la classe des libéralités *indirectes*:

I. Les avantages que le successible a reçus par suite d'opérations intervenues entre le *de cujus* et un tiers, dans lesquelles il n'a pas été partie. Parcourons quelques espèces :

1° L'avantage que le *de cujus* a procuré à l'un de ses succes-

sibles, en se portant sa caution, est un avantage *indirect*. Le *de cujus*, en effet, n'a rien donné à son successible. Il n'a fait que s'obliger envers un tiers, envers le créancier de son successible. Cet avantage, bien qu'indirect, est rapportable. Le successible devra donc, au décès de sa caution, rapporter l'avantage qu'il en a reçu : il devra, par conséquent, libérer la succession, soit en payant son propre créancier, soit en obtenant de lui une remise du cautionnement (1).

2° Il en est de même de l'avantage que le successible a retiré du paiement de ses dettes par le *de cujus*. Le profit que lui procure ce payement est *indirect*, puisqu'il résulte d'une convention à laquelle il n'a pas été partie.

3° L'avantage qu'il a retiré de la répudiation d'une succession par le *de cujus*, son cohéritier, est également indirect.— Toutefois, il faut ici faire une distinction : s'il est démontré qu'au moment de la répudiation, la succession était notoirement bonne, que le *de cujus* savait fort bien qu'il n'y avait aucun danger à l'accepter, la répudiation qu'il a faite constitue une libéralité *indirecte*. Dans ce cas, le rapport est dû. Il ne l'est pas, au contraire, si le *de cujus* a renoncé, non dans la vue d'avantager son successible, mais dans son propre intérêt, afin de se soustraire aux dangers qu'il redoutait.

II.—Les avantages que le successible a retirés d'opérations intervenues entre lui et le *de cujus*, mais qui ont été *déguisés sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux*. Un acte a été dressé portant que Pierre a vendu à Paul, son successible, un tel immeuble, pour tel prix, qui a été payé comptant ; les cohéritiers du prétendu acheteur prouvent que le prix n'a jamais été payé, que cette vente n'est, au fond, qu'une libéralité déguisée : il y a là un avantage *indirect* soumis au rapport.

III. Les avantages que le successible a reçus du DE CUJUS *par l'intermédiaire d'un tiers*. Au lieu de donner ou de léguer à son successible, le *de cujus* a disposé au profit d'un tiers chargé secrètement de restituer les biens au successible : l'avantage que celui-ci a reçu est *indirect ;* il en doit le rapport.

La solution que je viens de donner sur les deux derniers cas est très vivement attaquée. La plupart des jurisconsultes entendent par avantages *indirects* ceux-là seulement que le successible a retirés d'opérations *dans lesquelles il n'a pas été*

---

(1) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 187 *bis*, IV ; Demol., t. 16, n°s 358 et 359 ; Aubry et Rau, t. 6, § 631, p. 626 ; Laurent, t. 10, n° 612.

partie, c'est-à-dire des actes intervenus entre le *de cujus* et un tiers. Ces libéralités, quoique *indirectes*, sont rapportables, car rien ne montre que le *de cujus* qui les a faites ait entendu les dispenser du rapport.

Quant aux libéralités *déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personnes interposées, ce sont*, prétend-on, *des libéralités*, non pas *indirectes*, mais CACHÉES, OCCULTES. Or, en recourant à cette voie détournée pour avantager son successible, le disposant a clairement manifesté l'intention de le dispenser du rapport.

Je ne sais rien, pour ma part, de plus *indirect* qu'une libéralité obtenu par un *détour*, par suite d'une *déviation* aux règles ordinaires des libéralités. C'est bien aussi l'avis de Pothier, car il range précisément dans cette classe, et en première ligne, les libéralités déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, ou faites par personnes interposées (1).

Je suis peu touché de l'argument qui consiste à dire que le disposant qui a recours à des voies occultes pour avantager son successible a tacitement, mais très énergiquement, manifesté l'intention de le dispenser du rapport. Rien ne me paraît moins démontré que cette intention. Plusieurs motifs ont pu, en effet, déterminer le disposant à déguiser sa libéralité. C'est peut-être la crainte de déplaire à tel de ses parents dont il redoute la colère, ou le désir de soustraire son donataire à l'obligation de payer les frais énormes qu'entraîne la mutation de propriété à titre gratuit. Peut-être le successible a-t-il suggéré lui-même ce déguisement parce qu'il craignait que la libéralité ne fût attaquée comme entachée de captation. Et, ce qui prouve que le disposant qui déguise la libéralité qu'il fait à son successible peut avoir d'autres motifs que la volonté de dispenser du rapport, c'est qu'on voit tous les jours des donations déguisées adressées à des personnes qui n'ont aucune vocation à la succession du donateur.

Enfin, fût-il vrai que les libéralités *occultes* ne sont pas *indirectes* dans le sens des articles 712 et 721, fût-il vrai que le détour qu'a pris le disposant pour avantager son successible marque chez lui l'intention de faire une libéralité préciputaire, je dirais encore que le rapport est dû. Dans l'espèce, la dispense du rapport n'est pas *expresse*, cela est incontestable ; or, aux termes formels de l'article 712, toutes les libéralités sont

(1) *Traité des successions*, chap. IV, art. II, § 2 ; *Cout. d'Orléans, Introduction au titre des successions*, art. III, § 1, n° 77.

rapportables quand elles ne sont pas *expressément* dispensées du rapport. La loi ne se contente donc pas d'une manifestation quelconque de volonté ; elle veut que cette manifestation soit *expresse*, parce qu'en dehors de là il ne peut y avoir que des conjectures ou des probabilités. Elle a été si loin à cet égard, qu'elle soumet au rapport le *legs* d'une somme modique lorsqu'il n'est pas *expressément* fait avec dispense de rapport, bien que pourtant l'intention de faire une libéralité *préciputaire* ne se montre en aucun cas plus énergiquement que dans cette hypothèse.

Mais, a-t-on dit, la loi n'a pas pu, d'une part, autoriser les libéralités *occultes*, et, d'autre part, forcer le disposant à divulguer son secret par une dispense *expresse* du rapport. — Je réponds que le disposant peut très bien, tout en dispensant le donataire du rapport, conserver le secret de sa libéralité : qui l'empêche, en effet, de l'en dispenser au moyen d'un testament olographe qu'il lui confiera ? Et d'ailleurs, dans le système contraire, la loi serait bien *plus absurde*, puisqu'elle aboutirait à ce résultat : la clause de préciput doit être *expresse ;* elle peut cependant n'être que *tacite !*

On a dit encore : Lorsqu'un contrat a été qualifié par les parties de *contrat à titre onéreux*, il faut le prendre avec la qualification qu'elles lui ont donnée, et lui appliquer les règles qui sont propres à ce contrat, toutes les fois qu'il n'a pas pour but de *faire fraude à une loi*, ou au droit des tiers ; or, le déguisement d'une libéralité, dans le but de dispenser du rapport, ne constitue point une fraude à la loi ou au droit des héritiers du donateur, puisque le donateur avait la faculté de dispenser ouvertement son donataire de ce rapport, et qu'il est permis de faire *indirectement* ce que la loi permet de faire *directement*. Cet argument n'est qu'une pétition de principe, car il s'agit précisément de savoir s'il est permis, *en matière de rapport*, de faire *indirectement*, c'est-à-dire d'une manière *occulte*, ce que la loi permet de faire *expressément et au grand jour*. Je suis plus logique en disant : La voie *occulte* n'est pas permise, puisque la loi n'autorise que la voie *expresse* (1).

---

(1) MM. Val., Bug., *sur Poth.*, t. 1, p. 511 ; Dem., t. 3, nº 187 *bis*, V ; Demol., t. 16, nºˢ 250 et suiv. ; Laurent, t. 9, nºˢ 581 et suiv. ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 258]] ; *Contra*, Marc., art. 851 ; Aubry et Rau, t. 6, § 632, p. 639 et suiv. [[Ajoutons que, quant aux libéralités faites par l'entremise d'une personne interposée, la solution de Mourlon peut s'autoriser, en outre, dans notre droit, des termes formels de nos articles 715 et 716, qui regardent le père ou le fils du successible comme une personne interposée pour déguiser la libéralité. Voy. *supra*, p. 527.]]

§ VI. — *Des fruits et des intérêts provenus des choses ou des sommes soumises au rapport.*

Le rapport ayant pour objet de maintenir l'égalité entre héritiers en rétablissant les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* n'avait fait aucune libéralité à son successible, il en résulte que les fruits perçus ou échus *depuis le décès du* DE CUJUS doivent être, comme les capitaux qui les ont produits, remis dans la masse partageable (*a*).

Le même principe exigerait que les fruits échus ou perçus *avant le décès du* DE CUJUS fussent également rapportés. Il n'en est pas ainsi cependant : le successible donataire est autorisé à les conserver. Deux motifs justifient cette décision :

1° La loi a dû supposer chez le donateur l'intention de dispenser le donataire du rapport des fruits et intérêts : autrement, la donation par lui faite n'aurait eu aucun sens, puisqu'elle n'aurait eu aucune utilité. La chose donnée n'eût été dans les mains du donataire qu'un dépôt, et, par conséquent, une charge dangereuse, tout dépôt emportant l'obligation de conserver, sous peine de dommages et intérêts, la chose déposée.

2° Le droit qu'a le donataire de conserver les fruits et intérêts qu'il a perçus ne nuit pas à ses cohéritiers : car il est probable que le disposant les eût consommés s'il les eût perçus lui-même : *lautius vixisset.*

On peut, en ce qui touche l'acquisition des fruits naturels ou civils, assimiler le donataire à un usufruitier *sui generis.* Il ne doit compte que du capital qui fait l'objet de l'obligation du rapport, et des fruits perçus ou échus à partir du moment où son droit de jouissance a cessé. Tous les fruits civils échus *avant* l'ouverture de la succession lui sont irrévocablement acquis : il n'en doit aucun compte, *lors même qu'il ne les a pas encore touchés*, car les fruits civils s'acquièrent jour par jour (art. 451). Ceux qui n'étaient pas échus à la même époque, quoique payés par anticipation, appartiennent à la succession : car, dès ce moment, le donataire a perdu son droit de propriété et avec lui son droit de gagner les fruits. Ainsi, au jour du décès du donateur, on arrête le cours des

(*a*) C'est la disposition de l'article 722, copie textuelle de l'article 856 du code Napoléon, qui se lit comme il suit :

722. " Les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont " dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession."

intérêts, arrérages, loyers ou fermages : tout ce qui est échu appartient au donataire ; tout ce qui reste à courir, à la succession. Les fruits naturels s'acquérant par leur perception (art. 450), ceux que le successible donataire a *perçus* avant le décès du donateur lui appartiennent ; ceux qui, à la même époque, étaient pendants par branches ou par racines sont à la succession, qui a seule le droit de les percevoir (1).

[[Quand l'objet donné est un usufruit sur un bien du défunt, le successible gardera tous les fruits échus au décès du *de cujus*. Si c'est un droit d'usufruit que le défunt avait sur le bien d'un tiers ou une rente viagère constituée sur sa tête, quoique l'usufruit et la rente viagère s'éteignent par la mort du *de cujus*, le successible n'en gardera pas moins tout ce qu'il a perçu (argument art. 453). Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 261.]]

§ VII.—*Quelles personnes ont le droit d'exiger le rapport, et d'en profiter quand il est effectué.*

Le rapport ayant été introduit pour maintenir l'ordre de succession établi par la loi entre les parents du *de cujus*, c'est-à-dire pour rétablir l'égalité entre eux, il en résulte que les héritiers *ab intestat* ont seuls le droit de l'exiger, et d'en profiter quand il a été effectué. Il n'est dû, dit l'article 723, que par le *cohéritier* à son *cohéritier* : les *légataires* n'ont pas droit au rapport (*a*).

Cette différence entre les héritiers *ab intestat* et les héritiers *testamentaires* s'explique facilement. L'ordre de succession qu'a établi la loi entre les membres de la même famille est, à ses yeux, celui qui est le plus conforme à l'équité naturelle : elle a dû, par conséquent, maintenir l'égalité entre les héritiers qu'elle appelle, toutes les fois que le *de cujus* n'a pas, en faisant une libéralité à l'un de ses successibles, manifesté l'intention de rompre cette égalité. Mais, à l'égard des *légataires*, rien de semblable n'existe. Il n'y a pas, quant à eux, d'égalité établie *a priori*, d'ordre légal de succession. Le *de cujus*

---

(1) Voy. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 631, p. 633 et suiv. ; Laurent, t. 10, n°s 628 et suiv.

(*a*) L'article 723 reproduit textuellement, en ces termes, la disposition de l'article 857 du code Napoléon.

723. " Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il " n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession."

règle comme il l'entend les droits dont il les investit ; la loi prend ses dispositions telles qu'elles sont, sans les contrôler, car il lui importe peu que l'égalité règne ou non entre des personnes qu'elle n'a pu connaître que par le testament du *de cujus*.

Ainsi un légataire ne peut exiger le rapport ni d'un héritier *ab intestat*, ni d'un autre légataire. Mais, réciproquement, l'héritier *ab intestat* ne peut pas exiger d'un légataire le rapport des donations dont le *de cujus* l'a gratifié.

Le légataire ne peut ni exiger le rapport, ni même *en profiter, quand il a été effectué par un héritier sur la demande d'un autre héritier*. Les biens dont le *de cujus* avait disposé de son vivant n'étaient plus dans son patrimoine. Peu importe qu'il en ait disposé au profit de l'un de ses successibles ou qu'il les ait donnés à un étranger. Dans l'un et l'autre cas, l'aliénation qu'il a consentie, et qui a fait sortir de son patrimoine les biens dont il a disposé, est irrévocable à son égard, et, par suite, à l'égard de ses ayants cause, de ses légataires : ce n'est que dans l'intérêt de ses héritiers *ab intestat* qu'elle est révocable, par l'effet du rapport. Il n'a pu, en un mot, léguer que les biens dont il était encore propriétaire au moment de sa mort.

Ainsi, *les legs ne se payent que sur les biens existant dans le patrimoine du* DE CUJUS *au moment de son décès.*

[[Ajoutons que cette règle s'applique au rapport des legs comme des donations. Ainsi, le légataire ne peut exiger que l'héritier rapporte le legs dont le défunt l'a gratifié. Ce n'est pas à dire que l'héritier sera payé de son legs de préférence à celui qui a été fait à un étranger, car, en l'absence de préférence établie par le testament, tous deux seront payés au marc la livre (art. 885).

On décide, en France, que lorsqu'un héritier est en même temps donataire ou légataire avec clause de préciput, il ne pourra se faire payer son préciput sur les biens rapportés par ses cohéritiers. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, n° 250.

Dans la cause de *Lyman* v. *Holden* (18 R. L., p. 4), le juge Mathieu a décidé que le légataire particulier n'est pas tenu, envers le légataire universel, de faire rapport des donations entrevifs qui lui ont été faites par le *de cujus*.]]

Les *créanciers du défunt* ne peuvent ni demander le rapport, ni en profiter quand il a été effectué. Cela ne doit s'entendre que du rapport des *donations* : car, quant aux legs, il est évident que les successibles qui les ont reçus ne peuvent

pas les conserver au préjudice des créanciers. Nous savons, en effet, et l'article 680 est formel à cet égard, que les *créanciers* sont toujours préférés aux *légataires*.

La proposition de l'article 723 doit donc être ramenée à celle-ci : *les créanciers du défunt ne peuvent pas demander le rapport des biens qu'il a donnés de son vivant à ses successibles.*

Ici se présente une difficulté. Les créanciers *personnels* d'un héritier ont le droit d'être payés sur tous ses biens, notamment sur ceux que lui a donnés le *de cujus*, et même sur ceux qu'il a obtenus par suite d'un rapport effectué, sur sa demande, par ses cohéritiers. Ils peuvent même, s'il néglige de demander le rapport qui lui est dû, l'exiger de son chef, conformément au principe général de l'article 1031. Ainsi, les créanciers *personnels* de chaque héritier peuvent exiger le rapport, et en profiter quand il a été effectué. Or, les créanciers du défunt sont maintenant les créanciers *personnels* des héritiers : ils peuvent donc, en cette qualité, exiger le rapport, et en profiter quand il a été effectué. Dès lors, que devient la règle de l'article 723.

La réponse est bien simple. L'arcicle 723 reçoit son application, toutes les fois que les créanciers du défunt ne peuvent pas agir, ou n'agissent pas, en qualité de créanciers *personnels* de l'héritier. C'est ce qui arrive :

1° Dans le cas où la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'héritier bénéficiaire ne devient pas, en effet, débiteur *personnel* des créanciers héréditaires. Ceux-ci conservent leur ancien débiteur, le défunt, représenté par la succession : aussi, n'ont-ils aucune action *sur les biens personnels de l'héritier. Les biens du défunt sont seuls* employés à les désintéresser. Par conséquent, les créanciers héréditaires n'ont aucun droit sur les biens que le défunt a donnés de son vivant à son successible, maintenant héritier bénéficiaire, ou que ce dernier à obtenus par l'effet d'un rapport effectué par ses cohéritiers : ces biens ne figurent point dans le patrimoine du défunt, ils font partie du patrimoine personnel de l'héritier *(a)*.

2° Dans le cas où les créanciers héréditaires, placés en présence d'une acceptation pure et simple, ont demandé, en leur propre nom, la séparation du patrimoine du défunt d'avec

---

(a) Pothier énonçait la règle de notre article en ce sens, en disant que le rapport ne peut être exigé " par les créanciers de la succession " acceptée sous bénéfice d'inventaire." *Successions*, ch. 4, art. 2, § 6.

celui de l'héritier. Les créanciers qui forment cette demande agissent en qualité de créanciers du *défunt* ; c'est en cette qualité qu'ils ont le droit d'être payés *sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels des héritiers.* Il importe, par conséquent, de distinguer le patrimoine du *défunt* du patrimoine des *héritiers*. Or, le rapport n'étant pas dû aux créanciers héréditaires, il en résulte que les biens que leur débiteur a donnés, de son vivant, à ses successibles, sont, non plus dans son patrimoine, mais dans celui de ses héritiers : le droit de préférence des créanciers héréditaires ne porte donc point sur les biens rapportés (1).

Ainsi, la règle que le rapport n'est pas dû aux créanciers du défunt signifie : 1° qu'au cas d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, les créanciers du défunt ne peuvent pas être payés sur les biens que l'héritier bénéficiaire a reçus par donation du défunt, ou qu'il a obtenus par l'effet d'un rapport effectué par ses cohéritiers : ces biens composent le patrimoine personnel de l'*héritier*, sur lequel ils n'ont aucune action ; 2° qu'au cas d'une acceptation pure et simple, le droit de préférence qu'acquièrent les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines ne porte que sur les biens *laissés par le défunt.*

On demande souvent pourquoi les créanciers du défunt n'ont pas le droit d'exiger le rapport des choses données par le débiteur à ses successibles, ou d'en profiter quand il a été effectué.

Le premier consul ne comprenait pas que l'héritier bénéficiaire pût conserver des valeurs considérables provenant des biens du défunt, en présence de créanciers qui n'étaient pas intégralement payés. Ce résultat n'a cependant rien de choquant.

De deux choses l'une : ou le droit des créanciers est né *postérieurement* à la donation que le *de cujus* a faite à son successible, ou il est né *antérieurement.*

Si la créance est *postérieure*, quel motif y a-t-il de résoudre, dans l'intérêt des créanciers, l'aliénation d'un bien sur lequel ils n'ont pas dû compter, qu'ils n'ont pas dû considérer comme leur gage, puisqu'il n'était plus dans le patrimoine de leur débiteur quand ils ont traité avec lui ? Un donataire étranger

---

(1) MM. Val., Bug., *sur Poth.*, t. 1, p. 515 ; Dem., t. 3, n° 192 *bis*, I ; Aubry et Rau, t. 6, § 630 ; Demol., t. 16, n° 300. Comp. M. Laurent, t. 10, n° 587 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 251.]]

ne pourrait pas être inquiété par eux : pourquoi le donataire successible n'aurait-il pas le même avantage ?

Si la créance est *antérieure*, la donation leur cause, il est vrai, un préjudice. Mais ils ont dû prévoir que leur débiteur, resté capable de s'obliger et d'aliéner, pourrait devenir insolvable soit en contractant de nouvelles dettes, soit en aliénant ses biens : c'était à eux à se prémunir en exigeant des garanties, en se faisant donner des cautions, des hypothèques ! Les aliénations que leur débiteur a faites, les obligations qu'il a contractées, ils les ont approuvées d'avance en lui laissant la liberté de disposer de ses biens. Ils peuvent, sans doute, *lorsqu'elles sont frauduleuses*, les attaquer conformément à l'article 1032 ; mais, dans notre espèce, ils ne prétendent point que la donation a été faite *en fraude de leurs droits*, ils en demandent le *rapport*. A ce point de vue, leur prétention n'est pas juste : car les biens sur lesquels ils comptaient ayant été aliénés, sont sortis de leur gage en même temps que du patrimoine de leur débiteur. Cette aliénation doit être irrévocable quant à eux, comme elle le serait si le donataire, au lieu d'être le successible de leur débiteur, lui était étranger.

§ VIII. *Comment s'effectue le rapport. — Ses effets.*

Le rapport des legs se fait en *laissant* dans la masse les objets légués, en ne les réclamant pas.

Le rapport des choses données par acte entre-vifs s'effectue tantôt *en nature*, tantôt *en moins prenant* (*a*).

Le rapport *en nature* est celui qui s'effectue par la remise, dans la masse partageable, de la chose même qui a fait l'objet de la donation.

Le rapport *en moins prenant* est celui qui s'effectue soit par la déduction de ce qu'a reçu le donataire sur ce qu'il a le droit de prétendre dans la succession, soit par le prélèvement d'une valeur égale à celle qu'il a reçue par ses cohéritiers non donataires.

La manière dont le rapport doit se faire dépend principalement de la *nature de la chose* qui a fait l'objet de la donation. Il faut, à cet égard, distinguer si elle est *immobilière* ou si elle est *mobilière* : au premier cas, le rapport se fait [[soit en nature, soit en moins prenant au choix de l'héritier rappor-

---

(*a*) Art. 724. "Le rapport se fait en nature ou en moins prenant." C'est la copie textuelle de l'article 858 du code Napoléon.

tant ;]] au deuxième, le rapport a toujours lieu en moins prenant (art. 725, 726, 728).

I. **Rapport des immeubles.** — [[Notre droit, quant au rapport des immeubles à la succession du donateur, diffère essentiellement et de l'ancien droit et du droit français moderne. Dans l'ancien droit, le successible donataire d'un immeuble en était propriétaire sous cette condition résolutoire que la donation serait révoquée rétroactivement, c'est-à-dire considérée comme n'ayant jamais existé, si le successible devenait l'héritier du donataire. Comme le disait Pothier (*Successions*, ch. 4, art 2, § 7), l'héritier devenait débiteur de l'héritage *en essence et espèce*. Pourtant, dans un cas spécial, le rapport ne se faisait pas réellement. Lorsqu'il se trouvait, dans la succession, des immeubles de pareille valeur et bonté, l'héritier pouvait retenir l'immeuble qui lui avait été donné, à la condition de moins prendre de ces immeubles (Pothier, *loco citato*, § 8). Quand il s'agissait de charges consenties par l'héritier, on poussait, jusqu'à ses dernières conséquences, le principe que la donation faite en avancement d'hoirie était censée consentie sous la condition résolutoire de l'acceptation de la succession, et ces charges disparaissaient avec le droit du successible. Au contraire — ce qui n'était pas logique — l'acheteur de l'immeuble était protégé contre l'action en revendication des cohéritiers du successible. L'héritier pouvait donc vendre l'immeuble irrévocablement ; il ne pouvait l'hypothéquer que sous la même condition résolutoire qui pesait sur sa propriéte (*a*). Ces principes ont été maintenus par le code Napoléon (art. 859, 860, 865).

1° *Le rapport peut se faire en nature ou en moins prenant. — De la nature du droit de l'héritier à la chose qui lui a été donnée en avancement d'hoirie.* — Voyons maintenant l'étendue de la modification qui a été apportée à l'ancienne jurisprudence par notre code civil. L'article 728, qui est de droit nouveau, pose la règle suivante :

728. " En fait d'immeubles le donataire ou légataire peut, " à son choix, les rapporter dans tous les cas en nature ou en " moins prenant d'après estimation (*b*)."

(*a*) Comparez Lebrun, *Successions*, pp. 148, 149.

(*b*) Les termes de notre article écartent une controverse du droit français moderne quant au rapport des legs. Ici l'héritier légataire peut toujours réclamer la chose léguée, sauf à la précompter sur sa part. C'est d'ailleurs ce que Mourlon admet *supra*, p. 522.

Est-ce là une *obligation alternative* ou une *obligation facultative ?* On sait qu'il y a *obligation alternative* quand l'une des deux choses est due, le choix appartenant, soit au débiteur — c'est la règle générale — soit au créancier, c'est l'exception (art. 1093 à 1099). Chacune de ces choses est due sous une alternative, c'est-à-dire sous la condition qu'elle sera choisie. Des règles très compliquées déterminent l'effet de la perte de l'une des choses, et l'obligation ne s'éteint absolument que quand elles ont péri toutes deux sans la faute du débiteur. Il y a *obligation facultative*, au contraire, quand une seule chose est due, mais que le débiteur a la faculté de s'acquitter en payant une autre chose à sa place *in facultate solutionis.* Dans ce cas, la perte de la chose due éteint l'obligation sans que le débiteur, qui n'est pas en faute, soit tenu de payer l'autre chose ; la perte de cette dernière n'aurait pas le même effet (*a*).

D'après ce qui vient d'être dit, on voit qu'il y a obligation facultative dans l'obligation de rapporter à la succession du donateur ou testateur les immeubles donnés ou légués. Une seule chose est due, c'est l'immeuble en nature, mais le successible peut se dispenser de le rapporter en espèce, en prenant moins d'après estimation. C'est l'obligation d'un corps certain, modifiée par la faculté de paiement dont jouit le débiteur. Il s'ensuit que la perte de l'immeuble par un cas fortuit, qui est arrivée sans la faute de l'héritier et avant qu'il soit en demeure, éteint l'obligation du rapport (*b*). Pour déterminer s'il y a faute ou non, on ne pourra invoquer la présomption que l'article 1629 établit contre le locataire en cas d'incendie, les présomptions ne s'étendant pas d'un cas à l'autre, et si l'immeuble était habité par des locataires, il suffirait à l'héritier de rapporter l'action qu'il a contre eux (*c*). On enseigne même que l'héritier ne doit pas le rapport de l'indemnité qu'il a reçue d'une compagnie d'assurance (*d*). Ajoutons que c'est à l'héri-

---

(*a*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, t. 2, n° 963, pour les autres différences.

(*b*) C'est la disposition de l'article 727 qui est en ces termes :
727. " L'immeuble donné ou légué, qui a péri par cas fortuit et sans " la faute du donataire ou légataire, n'est pas sujet à rapport."
L'article 855 du code Napoléon ne parle pas de l'immeuble légué ; c'est la seule différence entre les deux textes.
Voy. aussi l'article 1200 de notre code.

(*c*) Pothier, *Successions*, ch. 4, art. 2, § 7 ; Sirey et Gilbert, sur l'art. 855 C. N., n°s 3 et 4.

(*d*) Sirey et Gilbert, n° 5 ; M. Baudry-Lacantinerie, n° 266.

tier à prouver le cas fortuit qui a détruit la chose (art. 1200).

On voit donc que, dans l'ancien droit, l'obligation de rapporter un immeuble était, en principe, une obligation pure et simple et, par exception, une obligation facultative, quand il y avait, dans la succession, des immeubles de pareille valeur et bonté. Il en est de même sous le code Napoléon, tandis que, dans notre droit, cette obligation est toujours facultative. Dans les deux systèmes, les aliénations faites par l'héritier sont maintenues, mais les hypothèques et autres charges qu'il a consenties sont résolues en France, comme elles l'étaient dans l'ancien droit, dès qu'il accepte la succession, alors que, sous notre code, elles sont conservées, mais les cohéritiers du rapportant peuvent alors s'opposer au rapport en nature (art. 731).

On se rendra facilement compte de cette différence essentielle entre les deux systèmes, quant aux hypothèques et charges, par la comparaison de notre article 731 avec l'article 865 du code Napoléon.

L'article 731 de notre code, qui est de droit nouveau, se lit comme il suit :—

731. " Lorsque le rapport se fait en nature, si l'immeuble " rapporté a été affecté d'hypothèques ou charges, les copartageants ont droit à ce que le donataire ou le légataire les fasse " disparaître ; s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins " prenant.

" Les parties peuvent cependant convenir que le rapport " aura lieu en nature ; ce qui se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession."

Au contraire, l'article 865 du code Napoléon est en ces termes :

865. " Lorsque le rapport se fait en nature, les biens se " réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de " toutes charges créées par le donataire ; mais les créanciers " ayant hypothèque peuvent intervenir au partage pour " s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs " droits " (*a*).

Cela étant, est-il exact de dire que la donation d'immeubles faite en avancement d'hoirie, soit, dans notre droit comme elle

(*a*) Notre article 745 reconnaît aux créanciers de la succession et à ceux des copartageants, le droit d'assister au partage, et de l'attaquer s'il est fait en fraude de leurs droits.

l'était dans l'ancienne jurisprudence, soumise à la condition résolutoire tacite de l'acceptation de la succession du donateur par le donataire ?

Dans leur explication de l'article 725, les codificateurs disent que les immeubles " ne sont donnés qu'à la condition tacite de " les rapporter et n'appartiennent pas véritablement au dona- " taire." Mais je ne suis pas disposé à attacher beaucoup d'importance à cette énonciation, car les codificateurs me paraissent s'exprimer au point de vue du droit alors existant, lequel ne faisait aucun doute sur l'existence de cette condition résolutoire tacite. Ce droit a été modifié par la codification, et sans parler des aliénations qui ont toujours été regardées comme valides, les hypothèques consenties par le donataire sont maintenant expressément conservées. En vue de cette modification, je crois qu'il faut distinguer, pour répondre à la question que j'ai posée, le cas des successeurs à titre particulier du donataire de celui de ce donataire lui-même ; il convient encore, dans la discussion de cette question, d'envisager séparément les charges créées ou les actes faits avant l'ouverture de la succession et ceux qui lui sont subséquents.

Quant aux successeurs à titre particulier—et la même règle s'applique aux créanciers hypothécaires—il est clair que cette condition n'existe pas, du moins en ce qui se rapporte aux droits acquis avant l'ouverture de la succession (*a*). L'aliénation est permise ici comme en France, et notre article 731 porte que le rapport en nature se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont les créances sont conservées dans notre droit, tandis qu'en France, les hypothèques et charges dont le donataire a grevé l'immeuble disparaissent dès l'acceptation par lui de la succession du donateur. La pensée du législateur semble être celle-ci : l'héritier peut, en principe, rapporter l'immeuble en nature ou en moins prenant ; mais s'il a aliéné l'immeuble, il ne peut être question de rapport en nature, et s'il l'a grevé d'hypothèques ou d'autres charges, il ne peut le rapporter en espèce qu'avec le consentement de ses cohéritiers. Les hypothèques sont conservées, mais, de même que les aliénations, elles sont un obstacle au rapport en nature. Car, dit l'article 731, les copartageants ont droit à ce que le donataire ou légataire fasse disparaître ces charges, et, s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant, à moins que les parties

(*a*) J'examinerai plus loin de l'effet du rapport sur les charges créées après l'ouverture de la succession.

n'y consentent, et alors le rapport se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est mise à la charge du rapportant dans le partage de la succession. Je conclus donc qu'il n'y a aucune condition résolutoire tacite qui puisse être invoquée contre les successeurs à titre particulier dont le titre est antérieur à l'ouverture de la succession.

Mais entre les parties, c'est-à-dire entre le donataire et ses cohéritiers, je suis d'avis que cette condition existe et qu'elle s'accomplira rétroactivement par le rapport de l'immeuble. L'effet de son accomplissement, c'est que la donation est censée n'avoir jamais existé, elle est anéantie rétroactivement et l'immeuble donné est réputé avoir toujours été la propriété du donateur. Cette solution s'impose à la lecture de l'article 746, qui veut que chaque copartageant soit censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot ou à lui échues sur licitation. Donc, si l'immeuble rapporté échoit à l'un des cohéritiers du rapportant, il le tiendra directement du donateur décédé, ce qui nous force de conclure qu'entre le donateur et ses héritiers et le donataire, la donation est regardée comme n'ayant jamais existé.

Voilà pour les actes accomplis par le donataire avant l'ouverture de la succession. Examinons maintenant la question plus délicate de la validité des actes faits par ce donataire après le décès du *de cujus*.

J'ai dit que, quant aux droits acquis par des tiers avant l'ouverture de la succession, la condition résolutoire reste sans effet, alors qu'elle s'accomplit entre le donataire et ses cohéritiers. Cette solution découle rigoureusement des principes. La question de la validité des actes qui sont postérieurs à l'ouverture de la succession, est, je l'ai dit, plus délicate. Ces actes sont-ils valides malgré le décès antérieur du donateur et l'acceptation de sa succession par le donataire ? Il n'y a guère de difficulté quant aux actes faits par le donataire après que le rapport a été légalement effectué en nature. Leur validité est subordonnée au résultat du partage, et sera nulle si l'immeuble rapporté ne fait pas retour au lot du rapportant. Mais peut-on aller plus loin et dire, quant aux actes accomplis après l'ouverture de la succession, mais avant le rapport, que le droit du donataire est résolu dès le jour de l'ouverture de la succession, même quant aux tiers—car il est certain que la rétroactivité doit être admise entre le donataire et ses cohéritiers quand ce rapport est fait en nature—en sorte que les actes faits depuis la mort du *de cujus* se trouveraient résolus ? En

d'autres termes, à quelle époque la condition résolutoire s'accomplit-elle vis-à-vis des tiers ? Est-ce à l'ouverture de la succession, quelle que soit la nature du rapport ? Est-ce seulement au moment du rapport en nature ? Dans l'ancien droit, la condition résolutoire s'accomplissait quand le donataire acceptait la succession, et la donation était censée résolue dès l'ouverture de cette succession ; vis-à-vis des créanciers hypothécaires, la donation était même réputée n'avoir jamais existé. Mais après l'ouverture de la succession, l'immeuble rentrait de plein droit dans la masse, de sorte que, dès ce moment, le donataire acceptant la succession ne pouvait en disposer d'aucune manière, même en l'aliénant, car l'effet de l'acceptation remonte au jour de cette ouverture (art. 644). Telle est encore la doctrine du code Napoléon. En est-il de même dans notre droit depuis la codification ?

I.—Pour l'affirmative on peut dire que le rapport est l'un des incidents du partage. Quand il se fait réellement il anéantit le titre du rapportant. La solution doit être la même dans le cas du rapport en moins prenant, qui n'est qu'une fiction. L'héritier est censé rapporter l'immeuble au partage et ensuite le retrouver dans son lot, mais afin d'éviter un circuit, on dispense l'héritier de rendre l'immeuble à la masse, puisqu'on lui reconnaît le droit de le faire mettre dans son lot. Cette fiction a tous les effets du rapport en nature, et la situation est absolument la même, quant aux effets du rapport, que si le donataire rapportait réellement l'immeuble et ensuite le tirait au sort. Quand le rapport se fait en moins prenant, l'on porte fictivement l'immeuble dans la masse de la succession, afin de constater la valeur totale de cette masse, et ensuite on le remet, toujours d'une manière fictive, dans le lot du rapportant, et on réduit d'autant le droit de ce dernier aux autres biens de la succession. Soit donc un immeuble donné qui est estimé à $1,000, la part de chaque cohéritier étant de $5.000. Le donataire optant pour le rapport en moins prenant ne prendra que $4,000 dans les autres biens de la succession, et son lot se composera : 1° de l'immeuble donné ; 2° des biens évalués à $4,000.

N'est-ce pas là ce que consacre formellement l'article 701, qui dit que si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû prélèvent une portion égale sur la masse de la succession ? Et cet article ajoute que les prélèvements se font, autant que possible, en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. Donc le rapport

fait en moins prenant, contre-balancé qu'il l'est par les prélèvements des autres cohéritiers, n'est qu'une opération préliminaire du partage. Dans l'espèce que je viens de supposer, le rapportant gardant son immeuble estimé à $1,000, chaque cohéritier prélèvera autant que possible sur la masse de la succession un immeuble de même valeur. Le rapport en moins prenant ainsi que les prélèvements ne constituent donc qu'un partage de partie de la succession.

Il est donc acquis que le rapport, qu'il soit effectué en nature ou en moins prenant, n'est qu'un incident du partage. Cela étant, il ne reste qu'à appliquer l'article 746.

Or, cet article — qui est une disposition fondamentale en matière de partage, un article principe — porte que chaque copartageant *est censé avoir succédé seul et immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot.* Donc, le rapportant est censé avoir *succédé* à l'immeuble qu'il ne rapporte pas en nature : il ne le tient pas à titre de *donation*, mais à titre de *succession*. Et quand s'est ouvert pour lui ce droit de succession ? A la mort du donateur (art. 601 et 607), car l'acceptation qu'il a faite de la qualité d'héritier de ce donateur remonte au jour de l'ouverture de cette succession (art. 644). Par conséquent, il a succédé, dès le moment de l'ouverture de la succession du donateur, aux biens qu'il tenait auparavant à titre de donataire. Et s'il en est ainsi du rapport fait en moins prenant, il doit en être de même et à plus forte raison du rapport effectué en nature ; le titre du donataire est résolu, et si l'immeuble rapporté fait retour au lot du rapportant, ce dernier le tiendra à titre de succession.

Que conclure de là, si ce n'est que les biens que l'héritier rapporte en moins prenant comme ceux qu'il rapporte en nature, sont rentrés dans la succession du donateur dès son ouverture, et que le droit du donataire qui a accepté cette succession a été résolu à ce moment ? S'il n'en est pas ainsi, pourquoi l'article 722, qui s'applique au rapport en nature et au rapport en moins prenant, porte-t-il que les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession? Si la condition résolutoire ne s'accomplissait qu'au moment du rapport, les fruits et revenus de l'immeuble rapporté devraient appartenir au rapportant jusqu'à ce que le rapport soit fait, car les fruits et revenus d'une chose appartiennent au propriétaire de cette chose (art. 409). La conclusion n'est-elle donc pas irrésistible que la succession du donateur, dès son ouverture, a été propriétaire de l'immeuble

donné en avancement d'hoirie, lorsque le donataire a accepté cette succession ?

Par conséquent, dès l'instant de la mort du donateur, la donation en avancement d'hoirie est résolue, lorsque le donataire accepte la succession du donateur. Cette solution admise, il ne reste qu'à en tirer une conséquence capitale.

Nous avons vu que, par suite d'une modification apportée par le code à l'ancienne jurisprudence, les hypothèques et autres charges consenties sur les biens donnés en avancement d'hoirie, ne sont pas affectées par le rapport fait en nature (art. 731). Mais il faut restreindre cette disposition aux hypothèques et charges consenties avant l'ouverture de la succession, alors qu'aucune condition résolutoire, pouvant être opposée aux successeurs à titre particulier, ne pesait sur la propriété donnée. Après l'ouverture de la succession, l'immeuble donné étant rentré dans la succession du donateur, a cessé d'appartenir au donataire. Or l'hypothèque ne peut être consentie que par le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, et le donataire n'en est plus propriétaire. En vain, opposera-t-on les termes de l'article 731, en prétendant que cet article ne distingue pas l'hypothèque consentie après l'ouverture de la succession de celle qui est constituée avant. On peut répondre à cette objection qu'il faut lire cet article avec la disposition de l'article 746, aux termes de laquelle l'immeuble rapporté en nature—et c'est l'espèce de l'article 731—s'il échoit à l'un des cohéritiers, est censé avoir toujours, depuis l'ouverture de la succession, appartenu à ce cohéritier. Si l'article 731 devait s'appliquer même aux hypothèques postérieures à l'ouverture de la succession, et si le rapport de l'immeuble hypothéqué était sans effet quant au créancier hypothécaire, ces deux dispositions seraient contradictoires. Le cohéritier qui a recueilli l'immeuble serait censé avoir été propriétaire de cet immeuble au moment même où l'hypothèque a été consentie par le rapportant, et malgré cela il devrait respecter cette hypothèque ! Ne vaut-il pas mieux appliquer ici la règle du droit commun qui veut que l'hypothèque qu'un cohéritier consent sur un immeuble de la succession—et l'immeuble hypothéqué a appartenu à cette succession dès son ouverture—ne vaille qu'au cas où cet immeuble lui échoit au partage (*a*) ?

Cette conséquence n'aurait pas lieu dans deux cas : 1° quand l'immeuble a été rapporté en moins prenant ; 2° quand l'im-

---

(*a*) Voy. l'article 2021.

meuble a été rapporté en nature, mais qu'il est échu au rapportant par l'effet du partage. La raison en est, non pas que la donation n'a pas été résolue — au contraire, elle l'a été — mais que le donataire, par suite de la présomption de l'article 746, est censé avoir été propriétaire au moment même de la création de la charge. Voy aussi l'article 2043.

Toutes ces solutions seraient applicables au cas de la vente faite par le donataire après l'ouverture de la succession. Le rapportant en nature a vendu la chose d'autrui, et cette vente ne vaudrait que si l'immeuble lui écheoit au partage, tant aux termes de l'article 746 que de l'article 1488.

II. Pour la négative, on peut raisonner comme il suit : Le code, innovant à l'ancien droit, pose le principe absolu qu'en fait d'immeubles, le donateur peut, à son choix, les rapporter, *dans tous les cas*, en nature ou en moins prenant d'après estimation (art. 728). Cela n'empèche pas, il est vrai, qu'une seule chose ne soit due, l'immeuble, mais en accordant au débiteur la facuté de se libérer en payant l'estimation de cet immeuble, la loi lui laisse l'option ou bien de conserver le bénéfice de la donation, ou bien d'y renoncer en rapportant l'immeuble en nature.

Supposons maintenant qu'il prenne ce dernier parti et qu'il offre de faire un rapport en nature. L'immeuble alors rentre dans la masse. La donation est anéantie rétroactivement quant au donataire et à ses cohéritiers. Quant aux tiers qui ont acquis des hypothèques après l'ouverture de la succession, l'article 731, qui ne distingue pas les charges créées avant l'ouverture de celles qui ont été consenties depuis, porte expressément que si l'immeuble rapporté a été affecté d'hypothèques ou de charges, les copartageants ont droit à ce que le donataire les fasse disparaître, *s'il ne le fait, il ne peut rapporter qu'en moins prenant*. Donc, l'existence de ces charges ou hypothèques est, comme je l'ai dit ailleurs, un obstacle au rapport en nature. En d'autres termes, le donataire doit rapporter l'immeuble libre de toutes charges ou hypothèques, et s'il ne peut pas le faire, il ne peut effectuer le rapport qu'en moins prenant.

Où est donc la contradiction entre cet article 731 et l'article 746 ? Le rapport en nature ne pouvant se faire lorsque l'immeuble a été grevé de charges par le donataire, celui-ci en reste toujours propriétaire, et, soit que l'on considère la donation comme ayant été maintenue, soit que l'on regarde le rapport en moins prenant comme ayant l'effet de placer l'immeuble donné dans le lot du donataire, les charges sont con-

servées, car, au moment de leur création, le donataire était propriétaire de l'immeuble. Le rapport en nature étant alors impossible, l'immeuble ne peut jamais écheoir à l'un des cohéritiers du donataire, et on ne se trouve pas à maintenir une charge consentie par le donataire à un moment où, par l'effet de la présomption de l'article 746, son cohéritier était propriétaire de l'immeuble affecté de cette charge.

On insiste et on dit : aux termes du deuxième alinéa de l'article 731, les parties peuvent consentir que le rapport de l'immeuble se fasse en nature. Alors, si l'immeuble écheoit au cohéritier du donataire, ce cohéritier sera censé en avoir été propriétaire au moment de la création de la charge, et malgré cela, il devrait la respecter ! La réponse est facile. En consentant au rapport en nature, le cohéritier s'est engagé à subir la charge si l'immeuble tombait dans son lot. Il n'y a donc pas contradiction, puisque le cohéritier s'est soumis d'avance à cette charge. D'ailleurs, l'article 731, toujours sans distinguer les charges créées avant l'ouverture de la succession de celles qui lui sont subséquentes, ajoute immédiatement que le rapport se fait *sans préjudice aux créanciers hypothécaires*. N'est-ce pas là affirmer de la manière la plus absolue que les hypothèques, même subséquentes à la mort du donataire, doivent être respectées ?

Il ne reste que l'article 722 dont l'effet est d'obliger le donataire à rapporter les fruits de la chose échus depuis l'ouverture de la succession. Mais, il ne faudrait pas conclure de là que cette attribution à la succession de fruits postérieurs à l'ouverture, est basée sur le fait que la succession, dès l'instant de cette ouverture, serait devenue propriétaire de l'immeuble. Sans doute, ce motif peut être invoqué, mais ce n'est pas là la seule, ni, à mon avis, la véritable raison de la loi. L'obligation de rapporter un immeuble est l'obligation d'un corps certain, avec faculté pour le débiteur de se libérer en payant l'estimation de cet immeuble. Il est naturel, puisque le donataire doit cet immeuble à la succession, qu'il en doive également les fruits qui en sont des accessoires (*a*). D'ailleurs, on peut dire que les cohéritiers sont, les uns à l'égard des autres, dans la même position que des associés, entre lesquels les intérêts courent de plein droit (*b*). Voy. l'explication de ce principe dans le cas de la communauté (art. 1360) et de la société (art. 1840).

(*a*) Comp. les articles 1498, 1499 et 1534 de notre code civil.

(*b*) Demolombe, t. 16, nº 446. Du reste, l'article 722 s'applique même dans le cas des meubles, lesquels se rapportent toujours en moins prenant.

Le moment capital donc, quant à la question de la validité des charges et à tous autres égards, est celui où le donataire fait l'option que la loi lui accorde. Fait-il le rapport en nature : son droit de propriété est résolu, rétroactivement quant à ses cohéritiers, pour l'avenir seulement à l'égard de ceux qui ont acquis quelque droit dans l'immeuble. C'est donc à ce moment là, et non à l'époque de l'ouverture de la succession, que s'opère la résolution de la donation quant aux tiers (*a*).

Je crois que cette dernière solution est la seule que nous puissions adopter dans notre droit. Il est vrai que, même dans les cas où le rapport en nature ou en moins prenant est facultatif en France, on ne paraît admettre aucune exception au principe que la donation en avancement d'hoirie est résolue dès le jour de l'ouverture de la succession (*b*). Mais notre article 731 dissipe tout doute. Si les tiers ont acquis quelque droit dans l'immeuble, le rapport en nature est impossible, à moins que les cohéritiers du donataire n'y consentent, et alors ils subissent la charge de leur plein gré (*c*).

L'aliénation de l'immeuble tombe sous l'empire des mêmes règles. Avant comme après l'ouverture de succession, mais avant le rapport en nature, le donataire peut aliéner l'immeuble. Dans ce cas, il fera rapport en moins prenant d'après l'estimation de l'immeuble. En aliénant cet immeuble il a fait option de ne point le rapporter en nature. Il doit donc rapporter à la succession, non pas le prix qu'il a reçu, mais la valeur de l'immeuble (*d*).

2° *De l'estimation de l'immeuble quand le rapport se fait en moins prenant.*—Nous avons vu que le donataire peut

---

(*a*) Je crois que l'acte qui constate le rapport en nature devrait être enregistré. Cela pourra se faire par l'enregistrement du partage.

(*b*) Voy. pourtant Demolombe, t. 16, nos 508 et 509. Cet éminent jurisconsulte dit que lorsque le rapport se fait en moins prenant, le rapportant conserve *à titre de part d'hoirie*, l'immeuble même qu'il a reçu *à titre d'avancement d'hoirie*, et que, partant, on ne peut dire en réalité, que son titre ait subi de résolution.

(*c*) Remarquons en outre que l'article 2021, en portant que l'hypothèque sur une portion indivise d'un immeuble ne subsiste qu'autant que par le partage ou autre acte qui en tienne lieu, le débiteur demeure propriétaire de quelque partie de cet immeuble, excepte expressément la disposition de l'article 731.

(*d*) On décide, en France, que, dans le cas où l'immeuble qui a été vendu vient à périr par cas fortuit dans les mains de l'acquéreur, sans faute imputable au détenteur, le donataire n'est pas obligé de rapporter le prix qu'il a touché. Voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 855 C. N., no 1.

effectuer le rapport en moins prenant *d'après estimation*. De même, lorsqu'il a aliéné l'immeuble, il rapporte, non le prix qu'il a touché, mais l'estimation de cet immeuble. De quelle estimation la loi entend-elle parler ?

C'est l'estimation au temps du partage, mais d'après l'état de l'immeuble à l'époque de la donation, ou de l'ouverture de la succession s'il s'agit d'un legs. Cette règle est énoncée en ces termes par l'article 733 :

733. " Les immeubles restés dans la succession s'estiment " d'après leur état et leur valeur au temps du partage.

" Ceux sujets à rapport ou rapportés en nature, soit qu'ils " aient été donnés ou légués, s'estiment suivant leur valeur au " temps du partage, d'après leur état à l'époque de la donation, " ou de l'ouverture de la succession quant aux legs, en ayant " égard aux dispositions contenues dans les articles qui pré- " cèdent."

Cet article n'existe pas dans le code Napoléon. L'estimation, sous ce dernier code, lorsque, par suite de la vente de l'immeuble, l'héritier est admis à le rapporter en moins prenant, est faite suivant la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture de la succession (art. 860 C. N.). Dans notre droit, au contraire, on estime l'immeuble suivant sa valeur au moment du partage et son état au moment de la donation, ou de l'ouverture de la succession s'il s'agit d'un legs, et en cela notre droit est conforme à l'ancienne jurisprudence. Cependant si l'immeuble s'était détérioré par cas fortuit et sans la faute du donataire, on ne saurait lui charger ces détériorations (art. 730).

La disposition du premier alinéa de notre article 733 paraît étrangère au sujet. Son utilité se rencontre surtout quand il s'agit de faire le partage après que tous les rapports ont été effectués. Il était juste du reste, de pourvoir à l'estimation des immeubles qui sont restés dans la succession comme de ceux qui sont sujets à rapport.

Nous avons vu que, dans le cas de la vente de l'immeuble, l'héritier rapporte non le prix de vente, mais l'estimation de l'immeuble à l'époque du partage. Toutefois, on décide, en France, que lorsque le successible a subi une expropriation, il ne devra que le rapport de l'indemnité qu'il a reçue, car cette expropriation serait également arrivée si le donateur avait conservé l'immeuble, et l'indemnité seulement se trouverait dans sa succession. Il en est autrement quand la vente a eu lieu par suite d'une saisie exercée contre le donataire, car on

ne peut dire que le donateur aurait subi la même saisie (*a*). Voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 273.

3º *Des hypothèques et charges consenties par le rapportant.* — Notre droit conserve les hypothèques et les charges réelles consenties par le donataire, et en cela, je l'ai dit, il diffère du droit français ancien et moderne. C'est ce que décrète l'article 731, qui porte que lorsque le rapport se fait en nature les copartageants ont droit à ce que le donataire ou le légataire fasse disparaître les hypothèques et charges qui affectent l'immeuble rapporté en nature, sans quoi il ne peut le rapporter qu'en moins prenant. Et l'article ajoute que les parties peuvent cependant convenir que le rapport aura lieu en nature; ce qui se fait sans préjudice aux créanciers hypothécaires, dont la créance est chargée au rapportant dans le partage de la succession (*b*).

Par *charges*, je comprendrais tout droit réel consenti sur l'immeuble, comme l'usufruit ou la servitude. Le donataire pouvant céder sa propriété peut également la démembrer.

Lorsqu'il existe des hypothèques et charges, nous avons vu que le consentement des héritiers au rapport en nature est nécessaire. Le donataire en grevant l'immeuble de ces hypothèques ou charges, a porté un obstacle au rapport en nature, et il ne peut effectuer ce rapport qu'à la condition, ou bien de faire disparaître ces hypothèques ou charges, ou bien d'obtenir le consentement de ses cohéritiers: dans ce dernier cas, la créance hypothécaire lui est chargée dans le partage. Le deuxième alinéa de l'article 731 ne parle que des hypothèques. En effet, on ne comprend pas qu'une servitude soit chargée au rapportant, si l'immeuble n'est pas mis dans son lot. Les parties peuvent bien — car la convention est libre dans ce cas — convenir d'une indemnité à être payée par le rapportant au cohéritier auquel l'immeuble pourra échoir. Dans tous les

---

(*a*) Je ne vois aucun obstacle à ce que les créanciers de l'héritier fassent saisir et vendre l'immeuble donné en avancement d'hoirie, même après l'ouverture de la succession du donateur et jusqu'au rapport en nature. En effet, le donataire en reste propriétaire jusqu'au rapport. Il est vrai qu'il est débiteur de cette chose, mais elle est à lui jusqu'au paiement. Pour demander la distraction de l'immeuble de la saisie, il faudrait en être propriétaire (art. 658 C. P. C.), or la succession du donateur n'a pas cette qualité vis-à-vis des tiers avant le rapport. Il en est autrement en France à cause de la condition résolutoire qui résout la donation dès le moment de l'acceptation de la succession du donateur.

(*b*) J'ai cité, *supra*, p. 555, le texte de cet article qui est de de droit nouveau.

cas, les droits du créancier sont sauvegardés. En France, ces droits disparaissent dès que l'héritier accepte la succession et on accorde au créancier la faculté d'intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de ses droits (art. 865 C. N.) (*a*), recours qui sera le plus souvent illusoire.

4° *Des impenses faites par le rapportant.*—Il faut distinguer si elles étaient nécessaires ou tout simplement utiles. Au premier cas, le rapportant peut toujours les réclamer, lors même qu'elles n'existent plus ; la disposition de l'article 417 s'y applique. Au second cas, on traite le rapportant de la même manière que l'emphytéote après l'extinction de l'emphytéose, tel que porté par l'article 582. Notre article 729 fait cette distinction en ces termes :—

729. " Si l'immeuble est rapporté en nature, le donataire " ou légataire a droit d'être remboursé des impenses qui y ont " été faites ; les nécessaires, conformément aux règles établies " à l'article 417, les non nécessaires suivant l'article 582."

a. Impenses nécessaires. Rappelons la disposition de l'article 417 quant aux impenses nécessaires. " Si elles étaient néces- " saires," dit cet article, " le propriétaire du fonds (lisez : les " cohéritiers du rapportant) ne peut les faire enlever ; il doit " dans tous les cas en payer le coût, lors même qu'elles n'exis- " tent plus."

Il y a d'abord à déterminer ce que le législateur entend par *impenses nécessaires.* Il y a deux sortes de réparations qui sont nécessaires pour la conservation de l'immeuble : les *réparations d'entretien* et les *grosses réparations.*

On décide, en France, que le rapportant n'a aucun droit aux premières. Ce sont des charges des fruits dont le rapportant a eu la jouissance jusqu'à l'ouverture de la succession (art. 722). Il y a lieu de comparer le rapportant à un usufruitier et l'usufruitier doit faire les réparations d'entretien (art. 468) (*b*). J'accepte cette solution qui est conforme aux principes.

Quant aux grosses réparations, nul doute que le rapportant peut s'en faire rembourser, à moins toutefois qu'elles n'aient été occasionnées par sa négligence, car alors elles ne seraient devenues nécessai es que par sa faute, et il en est tenu comme l'usufruitier (art. 468). Les grosses réparations auraient dû également être faites par le donateur, si la donation n'avait

---

(*a*) Les créanciers peuvent également assister au partage dans notre droit : art. 745.

(*b*) M. Baudry-Lacantinerie, n °270.

pas existé et la somme dépensée ne se trouverait plus dans sa succession. Il n'est donc que juste qu'on en tienne compte au rapportant.

C'est le coût des impenses et non leur valeur actuelle qui doit être remboursé au rapportant Les termes de l'article 417 ne laissent aucun doute sur cette question. Sous tous ces rapports, notre droit est conforme au droit français moderne (art. 862 C. N.) (*a*).

Lorsque l'immeuble a péri sans la faute du donataire, ce dernier ne fait aucun rapport, puisqu'il a perdu sa propriété. Mais perd-il également le montant des impenses nécessaires qu'il a faites à l immeuble ? Mourlon (t. 2, nº 416) répond qu'il peut les réclamer de la succession du donateur qui, s'il eût gardé l'immeuble, aurait été obligé de les faire lui-même. Or si la donation ne doit pas nuire aux cohéritiers du donataire, elle ne doit pas non plus leur profiter à ses dépens.

Cette opinion me paraît isolée, mais quelques auteurs admettent cette solution lorsque l'immeuble vient à périr depuis l'ouverture de la succession (*b*).

L'obligation d'indemniser le donataire de ses impenses, dit-on, est un accessoire de l'obligation de ce dernier de rapporter l'immeuble donné. Or, dans le cas de la perte de cet l'immeuble avant l'ouverture de la succession, l'obligation de rapporter n'a jamais existé ; donc il ne peut être question de ses accessoires, l'indemnité due au donataire pour ses impenses ou celle qu'on pourrait lui réclamer pour ses dégradations. Après l'ouverture de la succession, il en est autrement. L'obligation de rapporter a pris naissance dès le moment du décès du donateur et en même temps que cette obligation, les obligations accessoires qu'elle pouvait engendrer ont commencé à exister. Ces obligations accessoires ont, dès ce moment, acquis une existence propre et indépendante de l'existence de l'obligation du rapport, obligation sans laquelle elles n'auraient pu naître, mais sans laquelle, une fois qu'elles sont nées, elles peuvent désormais subsister, en ce sens qu'elles ne sont elles-mêmes soumises qu'aux modes légaux d'extinction des obligations. C'est ainsi que la perte fortuite de la chose vendue, qui libère le

---

(*a*) On décide, en France, que le montant de l'indemnité porte intérêt du jour de l'ouverture de la succession. Sirey et Gilbert, sur les articles 861, 862, C. N., nº 2.

(*b*) Demante, t. 3, nº 197, *bis* VI et VII ; Demolombe, t. 16, nºˢ 500 et 501 ; Laurent, t. 11, nº 22.

vendeur de l'obligation de la livrer à l'acheteur, ne libère pas l'acheteur de l'obligation de payer le prix au vendeur. C'est là le raisonnement et, en grande partie, le langage même de Demolombe (*a*).

Il est certain que, dans notre droit, l'indemnité pour impenses nécessaires ne serait pas due lorsque l'immeuble a péri avant l'ouverture de la succession. Notre article 729, en effet, pose comme condition de l'indemnité, l'accomplissement du rapport en nature. "*Si l'immeuble est rapporté en nature,*" dit-il, "le "donataire ou légataire a droit d'être remboursé des impenses "qui y ont été faites." Faudrait-il appliquer cette disposition même quand l'immeuble périt après l'ouverture de la succession ? Je ne le crois pas. J'ai dit plus haut que, dans notre droit, comme dans le droit français, l'obligation de rapporter un immeuble est l'obligation d'un corps certain ; malgré la faculté que la loi donne au donataire ou légataire de le rapporter en moins prenant, il n'est pas moins vrai qu'une seule chose est due, l'immeuble et non son estimation. Donc, dès l'ouverture de la succession, le donataire doit l'immeuble. Il ne reste qu'à appliquer les principes qui régissent l'extinction de l'obligation par la perte de la chose (art. 1200 à 1202). Le débiteur, quoiqu'il doive la chose, s'il n'est pas en demeure de la livrer, est entièrement libéré par sa perte arrivée par cas fortuit. Mais cette extinction de la dette du débiteur de la chose n'affecte pas l'obligation correspondante du créancier. Le cas de la vente en est un exemple frappant. La propriété de la chose passe à l'acheteur dès l'instant du contrat (art. 1472), et de ce moment la chose est à ses risques : *res perit domino*. De ce contrat naît l'obligation du vendeur de livrer la chose et celle de l'acheteur de la payer. Que la chose périsse par cas fortuit avant que le vendeur soit en demeure de la livrer : le vendeur est libéré de l'obligation de la livraison, mais l'acheteur n'est pas déchargé de l'obligation du paiement du prix (*b*) J'accepte donc pleinement la solution et le raisonnement de

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 2, nº 266, dénie en cas de perte de l'immeuble, l'action en indemnité, sans distinguer la perte arrivée avant l'ouverture de la succession de celle qui survient après ; mais dans son *Traité des successions*, t. 3, nº 3716, il refuse l'indemnité même dans ce dernier cas. La raison qu'il en donne, c'est que les impenses n'ont pas profité à la succession et que du reste le remboursement des impenses n'est dû qu'en déduction du rapport, lequel, en l'espèce, n'a pas lieu.

(*b*) Pothier, *Vente*, nº 308.

Demolombe. J'ajoute que les cohéritiers du donataire, lorsqu'il leur est libre de provoquer le partage immédiatement, ne peuvent que s'imputer le délai qu'ils y ont apporté ; et si le partage doit nécessairement être différé, le donataire, dont l'obligation de rapporter et la créance de ses impenses existaient depuis l'instant de l'ouverture de la succession, ne doit pas perdre sa créance parceque la chose a péri par cas fortuit pendant le délai forcé qui a retardé le partage. Si le donataire était déjà en demeure d'effectuer le rapport, lors de la perte de l'immeuble par cas fortuit, son obligation resterait entière, mais dans ce cas, comme lorsque la chose a péri par sa faute, il ne peut être tenu de rapporter que l'estimation de l'immeuble, c'est-à-dire sa valeur au temps du partage, *d'après son état à l'époque de la donation* (art. 733). C'est dire que, même quand le donataire est en faute, on lui laisse le prix de ses améliorations, puisqu'on estime l'immeuble sans en tenir compte. Assurément, il ne doit pas être plus mal traité lorsqu'il n'a été que malheureux (*a*).

b. Impenses non nécessaires.—Il faut appliquer ici la règle de l'article 582 qui régit le recours de l'emphytéote pour le remboursement de ses améliorations. Il en résulte que les cohéritiers du rapportant peuvent, à leur choix, retenir ces impenses en payant ce qu'elles ont coûté ou leur valeur actuelle, ou bien permettre au rapportant de les enlever à ses frais, si elles peuvent l'être avec avantage pour lui et sans détériorer le fonds ; au cas contraire, elles restent à la succession sans indemnité, mais les cohéritiers peuvent forcer le rapportant à les enlever conformément aux dispositions de l'article 417.

En France, une autre règle est posée. Le rapportant n'a droit qu'à la plus-value que ses impenses utiles se trouvent avoir produite à l'époque du partage (art. 861 C. N.) Notre droit donne l'obtion à la succession, soit de payer le coût des impenses ou leur valeur actuelle, c'est-à-dire leur valeur au moment du rapport, soit de permettre au rapportant de les enlever si elles peuvent l'être avec avantage pour lui et sans détériorer le fonds, et quand cet enlèvement ne peut se faire avec avantage pour le rapportant ou sans détérioration du fonds, la succession peut garder les améliorations sans indem-

---

(*a*) On pourrait de plus invoquer la disposition de l'article 417, auquel se réfère notre article 729. Or, cet article accorde le remboursement des impenses nécessaires *lors même qu'elles n'existent plus*, ce qui fait bien voir qu'on n'a pas tenu compte du bénéfice que la succession pouvait en retirer.

nité ou en forcer l'enlèvement. C'est dire que le rapportant est toujours traité comme un possesseur de mauvaise foi. Voy. au surplus ce que j'ai dit de l'article 417, tome 2, pp. 496 et suiv.

L'application de cette règle rigoureuse aura l'effet pratique de faire opter presque toujours pour le rapport en moins prenant. Alors, on chargera à l'héritier l'estimation de l'immeuble suivant sa valeur à l'époque du partage, mais d'après son état lors de la donation ou de l'ouverture de la succession s'il s'agit d'un legs (art. 733). L'héritier conservera donc ses améliorations utiles. Quand ces améliorations sont considérables, le rapport en moins prenant est de beaucoup le parti le plus avantageux.

c. Droit de rétention. - Pour assurer à l'héritier le remboursement de ses impenses, l'article 732 lui accorde le droit de retenir cet immeuble jusqu'à ce que sa créance soit payée. Il porte que " le cohéritier qui fait en nature le rapport d'un " immeuble peut en retenir la possession jusqu'au rembourse- " ment effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses " ou améliorations " (*a*). Il y a une disposition analogue à l'article 419 quant au tiers détenteur. Naturellement, dans le cas de cette rétention, l'héritier tiendra compte à la succession des fruits et revenus de cette chose (*b*).

5° *Des détériorations faites par le rapportant.*—Le même principe d'équité qui veut que l'on tienne compte au rapportant de ses impenses, exige que ce rapportant, à son tour, lorsqu'il effectue le rapport en nature, indemnise la succession des détériorations que l'immeuble a subies par sa faute. C'est ce que dit l'article 730 en ces termes :

730. " D'autre part le donataire ou légataire doit tenir " compte des dégradations et détériorations qui ont diminué " la valeur de l'immeuble rapporté en nature, si elles résultent " de son fait ou de celui de ses ayants cause.

" Il en est autrement si elles ont été causées par cas for- " tuit et sans leur fait " (*c*).

Ce n'est, bien entendu, que lorsque l'immeuble est rapporté en nature que les détériorations sont mises au compte du

(*a*) C'est la copie textuelle de l'article 867 du code Napoléon.

(*b*) Voy. Sirey & Gilbert sur l'article 867 du code Napoléon, n° 1.

(*c*) Sauf la réserve quant aux détériorations de l'immeuble qui sont arrivées par cas fortuit, notre article est au même effet que l'article 863 du code Napoléon.

rapportant, mais, comme on estime l'immeuble d'après son état à l'époque de la donation, lorsque le rapport se fait en moins prenant, il s'ensuit que l'héritier se trouve indirectement à subir la perte qui résulte de la détérioration, même lorsqu'il fait le rapport en moins prenant. Cependant, si l'immeuble a péri par cas fortuit et avant que l'héritier fût en demeure d'effectuer le rapport, pourra-t-on lui charger les détériorations qu'il avait faites à cet immeuble ?

Il faut encore ici distinguer la perte arrivée avant l'ouverture de la succession de celle qui lui est subséquente. Dans le premier cas, l'obligation de rapporter n'ayant jamais existé, le donataire ne doit aucune indemnité. Au second cas, une autre distinction est nécessaire. L'héritier a-t-il profité de la détérioration : nul doute qu'il ne doive alors en indemniser la succession, car autrement il profiterait de sa propre faute ; s'il n'a pas, au contraire, tiré profit de la détérioration, il ne serait pas juste de le condamner à payer à la succession une indemnité à raison d'une détérioration qui ne lui a pas profité, et qui n'a pas nui à la succession, puisque l'immeuble a péri par cas fortuit (*a*).]]

II. Rapport des meubles — [[Les articles 725 et 734 sont en ces termes :—

725. " C'est en moins prenant que se rapportent toujours " les objets mobiliers ; ils ne peuvent être rapportés en " nature."

734. " Les biens meubles trouvés dans la succession et ceux " rapportés, comme legs, s'estiment également suivant leur " état et valeur au temps du partage, et ceux rapportés comme " donnés entrevifs d'après leur état et valeur au temps de la " donation " (*b*).]]

(*a*) Demolombe, t. 16, nos 501 et 502. Le même auteur ajoute que le donataire devrait, même dans le dernier cas, indemniser la succession de la diminution des revenus, depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la perte de l'immeuble, que la dégradation par lui commise a pu causer.

(*b*) Au fond ces articles énoncent la même idée que l'article 868 du code Napoléon, qui, quant à l'estimation des meubles donnés, prend pour base leur valeur lors de la donation, telle que constatée à l'état estimatif annexé à l'acte et, à défaut de cet état, telle que déterminée par une estimation d'experts, à juste prix et sans crue. Naturellement, s'il y avait un état estimatif annexé à la donation, cette estimation devrait être acceptée. Il n'est pas question, dans l'article 868 C. N., de l'estimation des meubles légués.

Le rapport des meubles (ou des sommes d'argent) se fait toujours *en moins prenant*. Le successible qui reçoit des meubles en acquiert la propriété incommutable : il devient *irrévocablement* propriétaire, et contracte l'obligation de rapportér, *s'il accepte la succession du donateur*, non pas les *objets mêmes* qui lui ont été donnés, mais une somme représentative de leur valeur, d'après leur état *au moment de la donation*. Son obligation a donc pour objet, non un corps certain, un objet individuellement déterminé, mais une quantité, un genre. Que les meubles compris dans la donation périssent, se dégradent ou s'améliorent, peu importe, puisque ce ne sont pas eux qui doivent être rapportés : ces accidents ne peuvent pas modifier son obligation, puisqu'elle a pour objet une chose qui, par sa nature, est impérissable et non susceptible d'accroissement, une quantité. *Dès l'instant de la donation*, tout est fixé d'une manière *invariable*.

Ainsi, tandis que les immeubles sont aux risques et profits de la succession, les meubles sont aux risques et profits du successible donataire. *Primus* a reçu un immeuble, *Secundus* des meubles meublants ; l'immeuble et les meubles meublants périssent par cas fortuit : l'obligation de *Primus* est éteinte faute d'objet (art. 1200), celle de *Secundus* subsiste ; il doit rapporter la somme représentative de la valeur qu'avaient, *au moment de la donation*, les objets qui lui ont été donnés.

En cas d'aliénation de l'immeuble par le donataire, [[comme aussi quand le rapportant opte de ne point rapporter en nature,]] le rapport qui se fait alors en moins prenant a aussi pour objet une somme représentative de l'objet qui avait été donné ; mais ce rapport en moins prenant diffère, en un point essentiel, du rapport en moins prenant appliqué à des meubles. Dans le premier cas, le donataire devant rapporter une somme représentative [[de la valeur de l'immeuble d'après son état *au moment de la donation*, suivant sa valeur *au moment du partage*,]] il en résulte que l'obligation du donataire s'augmente, s'amoindrit ou s'éteint, suivant que l'immeuble s'améliore, se dégrade ou périt par cas fortuit. Dans le deuxième, au contraire, le donataire étant débiteur d'une somme représentative de la valeur que les meubles qui lui ont été donnés avaient *au moment de la donation*, il en résulte qu'on ne doit avoir égard ni aux améliorations, ni aux dégradations qu'ils ont reçues ou subies depuis la donation.

[[" Le rapport de l'argent reçu se fait aussi en moins prenant " dans le numéraire de la succession. En cas d'insuffisance, le

" donataire ou légataire *peut se dispenser* de rapporter du " numéraire, en abandonnant jusqu'à due concurrence du " mobilier ou, à défaut de mobilier, des immeubles de la suc- " cession (art. 726) (*a*)."]]—*Peut se dispenser*... J'en conclus qu'à défaut de numéraire dans la succession, le donataire pourra, à son choix, verser dans la masse une somme égale à celle qu'il a reçue, ce qui sera scrupuleusement rétablir l'égalité, ou exiger que ses cohéritiers prélèvent des meubles, et, à défaut de meubles, des immeubles jusqu'à concurrence d'une valeur égale à la somme qu'il a reçue.

Remarquons, en outre, que cette théorie ne s'applique qu'au cas où le successible a reçu du défunt une *somme d'argent.* Cela résulte clairement de ces mots qu'emploie l'article 726 : " le rapport *de l'argent reçu.*" Lors donc que le successible a reçu des meubles d'une autre espèce, par exemple, des meubles meublants, quoiqu'il soit, dans ce cas, débiteur d'une somme représentative de la valeur qu'avaient, au moment de la donation, les objets qu'il a reçus du défunt, ses cohéritiers peuvent exiger, et il peut exiger lui-même, que le rapport en moins prenant s'effectue en meubles, et jusqu'à concurrence d'une valeur égale à celle qu'avaient ceux que le défunt lui a donnés. Ainsi, dans l'espèce, ils prélèveront des meubles meublants, parce qu'il avait reçu des meubles meublants. Autrement l'égalité ne serait pas exactement rétablie. Ce n'est qu'à défaut de meubles semblables à ceux que le successible a reçus que le rapport devra être effectué conformément au principe de l'article 726 (1).

[[Nous avons vu les immeubles se rapportent en nature ou en moins prenant. Les meubles au contraire se rapportent toujours en moins prenant. La raison en est que]] le rapport *en nature* des choses qui se consomment *primo usu*, telles que l'argent comptant, les grains, les liqueurs, n'était pas possible : car, si le donataire eût été obligé de rapporter ces objets dans *leur individualité*, la donation qui lui a été faite n'eût été pour lui qu'un dépôt inutile et dangereux. Quant aux choses qui ne se consomment pas *primo usu*, telles que des meubles meublants, le rapport en nature n'eût point rétabli l'égalité : le donataire aurait eu tout le bénéfice de la donation : il n'eût fait qu'un rapport dérisoire, car il n'eût rapporté le plus souvent que des débris ou des meubles vermoulus.

(1) Voy. cependant M. Laurent, t. 11, nº 10.

(*a*) C'est en substance la copie de l'article 869 du code Napoléon.

Reste une question à examiner : les meubles *incorporels*, tels qu'une créance ou une rente, doivent-ils être rapportés en moins prenant, comme les meubles *corporels*, ou en nature, comme les immeubles ? La question est importante. Un père a donné à l'un de ses fils une créance qu'il avait sur un tiers ; le donataire a perdu cette créance par suite d'un cas fortuit, tel que la faillite du débiteur : son obligation de rapporter est-elle éteinte ou subsiste-t-elle ? Elle est éteinte si le rapport des meubles incorporels doit, comme celui des immeubles, se faire en nature ; elle subsiste dans le cas contraire.

Quelques personnes soutiennent que la règle de l'article 725, qui veut que le rapport du mobilier se fasse en moins prenant, est fondée sur des motifs qui ne se rencontrent plus quand il s'agit des meubles *incorporels* : les créances ou les rentes, etc., ne sont pas, en effet, comme les meubles corporels soumises à des dépréciations rapides ; l'usage et le temps ne les détériorent pas. [[La loi semble indiquer qu'il ne peut être question de meubles incorporels, en disant que les biens meubles donnés s'estiment suivant leur état et valeur au temps de la donation (art. 734 :]] car il serait à peu près impossible de savoir quelle était la valeur vénale de la créance ou de la rente au moment de la donation. Il faudrait, pour cela, étudier quel était alors le degré de solvabilité du débiteur, et rien ne serait plus difficile ni plus arbitraire qu'une semblable appréciation(*a*).

Dans ce système, ce qui doit être rapporté, c'est la créance, la rente, la chose incorporelle qui a fait l'objet de la donation. Le donataire la rapporte dans l'état où elle se trouve au moment du décès du donateur, pourvu que les dépréciations qu'elle a subies ne proviennent pas de sa faute ou de sa négligence. Si elle a péri par cas fortuit, le donateur n'a rien à rapporter : *debitor rei certæ interitu ejus liberatur* (art. 1200).

Ce système, quoique fort raisonnable, me semble trop directement contraire au texte de la loi pour être admis. Le code a réglementé le rapport des *immeubles*, dans les articles 727 à 733 ; le rapport [[des *objets mobiliers*, dans les articles 725, 726 et 734. L'expression *objets mobiliers* (art. 725) ou *biens meubles* (art. 734)]] a, par conséquent, un sens général, applicable tant aux meubles incorporels qu'aux meubles corporels : car, aux termes de l'article 397, cette expression [[*objets mobiliers* ou *biens meubles*]] s'entend de toute chose qui n'est pas

(*a*) J'ai modifié le texte de Mourlon, afin de le faire concorder avec nos articles.

immobilière, surtout lorsqu'elle est employée, comme dans notre espèce, par opposition au mot *immeuble*.—On ne saurait admettre le système contraire sans supposer que le législateur a oublié de réglementer le rapport des meubles incorporels ; or, un tel oubli, portant sur des choses si connues et d'une si grande importance, n'est pas présumable.

Dans notre système, le successible qui a reçu une créance, une rente perpétuelle ou viagère, un usufruit mobilier, doit rapporter, non pas la chose incorporelle, le droit qui lui a été donné, mais une somme représentative de sa valeur, d'après son état au moment de la donation. Si la créance, la rente, l'action, qui a fait l'objet de la donation, était cotée à la bourse au moment de la donation, la valeur en sera naturellement déterminée, et c'est cette valeur qui devra être rapportée. A défaut de ce moyen d'appréciation, s'il s'agit, par exemple, d'une créance ou d'une rente sur un simple particulier, les experts procéderont par voie d'estimation. Cette appréciation sera sans doute fort incertaine ; mais l'est-elle moins lorsqu'il s'agit de meubles corporels qui ont péri depuis la donation et dont il n'existe point d'état estimatif (1) ?

SECTION III.—DU PAIEMENT DES DETTES.

§ I. — *Règles générales. — De la contribution et de l'obligation aux dettes.*

Dans quelle proportion les dettes du défunt doivent-elles *être définitivement supportées* par ses héritiers ou successeurs ? Dans quelle proportion chacun d'eux peut-il *être actionné* par les créanciers ? Le code répond à la première question dans les articles 735 à 738, à la seconde dans les articles 735, 738 et 739.

Notre matière implique donc deux aspects à considérer, savoir : —

D'une part, *la contribution aux dettes* ;

D'autre part, *l'obligation aux dettes*, ou, en d'autres termes, *le droit de poursuite des créanciers*.

La *contribution aux dettes* est le règlement de la portion de dettes que chaque héritier doit supporter *définitivement*, dans

(1) MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 201 *bis*, IV ; Aubry et Rau, t. 6, § 634, p. 647 ; Demol., t. 16, n°s 547 et suiv. ; Laurent, t. 11, n° 8 ; [[Baudry-Lacantinerie, n° 176]]—*Contrà*, Marc., art. 868.

ses rapports avec ses cohéritiers. — L'*obligation aux dettes* est le règlement de la portion de dettes pour laquelle chaque héritier peut être poursuivi par les créanciers.

Ces deux idées ne doivent pas être confondues : car souvent il arrive qu'un héritier peut être, sur la poursuite des créanciers, contraint de payer une portion de dettes plus considérable que celle qu'il doit définitivement supporter dans ses rapports avec ses cohéritiers. *Paul*, qui a emprunté 9,000 francs, avec hypothèque sur sa maison, meurt laissant trois fils : dans leurs rapports entre eux, chacun des héritiers doit supporter un tiers de la dette, 3,000 francs (art. 736) ; mais celui d'entre eux qui a dans son lot la maison affectée par hypothèque au payement de la dette peut être poursuivi pour le tout par le créancier hypothécaire et contraint de payer les 9,000 francs, sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 739).

Nous verrons même bientôt qu'un successeur peut être quelquefois dans la nécessité légale de payer *en totalité* une dette dont pourtant il ne doit supporter *aucune portion* dans ses rapports avec ses cosuccesseurs.

§ II. — *Par quelles personnes les dettes du défunt doivent être payées et supportées.*

Elles doivent l'être :

1° Par ses héritiers légitimes :

2° Par ses successeurs irréguliers ;

3° Par ses légataires universels ou à titre universel ;

4° Par ses donataires universels ou à titre universel (voy. art. 797 et suiv.).

[[L'article 735 énonce en ces termes l'obligation des héritiers et légataires d'acquitter les dettes et charges de la succession :

735. " L'héritier venant seul à la succession en acquitte " toutes les charges et dettes.

" Il en est de même du légataire universel.

" Le légataire à titre universel contribue en proportion de " la part qu'il a dans la succession.

" Le légataire particulier n'est tenu qu'au cas d'insuffisance " des autres biens, et aussi hypothécairement avec recours " contre ceux tenus personnellement " (*a*).]]

(*a*) Il n'y a pas textuellement une disposition semblable au code Napoléon, mais les mêmes principes—sauf quant au légataire universel ou à titre universel—sont énoncés dans ce code. Les codificateurs renvoient aux articles 870 et 871 du code Napoléon qui s'occupent surtout de la contribution entre les différents obligés.

Les héritiers légitimes sont tenus de les payer *parce qu'ils continuent la personne du défunt.* Ils sont réputés, par suite de cette fiction légale, être les auteurs de tous les faits juridiques qui ont donné naissance aux obligations dont était tenu leur parent.

Ceux qui succèdent, non pas à la personne du défunt, mais à ses biens, c'est-à-dire ses successeurs irréguliers, ses légataires et donataires universels ou à titre universel sont tenus de les payer, *parce que, le patrimoine qu'il a laissé étant le gage de ses créanciers, il est juste que ce patrimoine ne leur passe qu'avec la charge dont il était précédemment grevé.* C'est un principe d'équité naturelle, qu'il n'y a de biens que déduction faite des dettes : *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno.* Ainsi toute universalité de biens laissée par un défunt est, de plein droit, chargée de l'universalité de ses dettes.

Les héritiers sont tenus des dettes du défunt *ultra vires successionis,* à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire.

Les successeurs, qui n'en sont tenus qu'en vertu du principe : *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno,* ne les payent qu'*intra vires bonorum* (*a*).

Les légataires *particuliers* ne contribuent point avec les successeurs universels au paiement des dettes du défunt.

Cette règle doit être bien comprise. Elle ne signifie point que les legs particuliers devront être *intégralement* acquittés par les héritiers ou successeurs universels, alors même que *les sommes ou valeurs léguées excéderaient ce qui reste de biens après les dettes payées.* Il faut l'entendre en ce sens que les legs particuliers doivent être acquittés *sans aucune déduction, lorsque, après les dettes payées, il reste assez de biens pour les acquitter tous et chacun intégralement.*

Le *de cujus* a laissé 100,000 francs de biens, 90,000 francs de dettes et un legs de 10,000 francs. Si le légataire particulier devait contribuer au paiement des dettes, on dirait : " Il prend 10,000 francs sur 100,000 francs, c'est-à-dire un dixième de l'actif : en conséquence, il doit supporter un dixième de 90,000 ou 9,000." Dans ce système, le légataire ne conserverait en définitive que 1,000 francs. Mais ce n'est

(*a*) Remarquons que de même que l'héritier, le légataire universel ou à titre universel est tenu des dettes *in infinitum.* Le donataire universel peut, sous certaines conditions, se libérer par l'abandon des biens donnés (art. 798).

pas celui de la loi. Dans l'espèce, le légataire reçoit, sans aucune déduction, sans aucune participation au payement des dettes, les 10,000 francs qui lui ont été légués : car ce qui reste des biens, après les dettes déduites, suffit pour faire face au legs.

Maintenant, supposons que le chiffre des dettes soit de 95,000 francs. Dans ce cas, le légataire particulier ne recevra pas tout ce qui lui a été légué : car, l'excédent de l'actif étant de 5,000 francs seulement, son legs sera nécessairement limité à cette somme, conformément au principe que les legs *ne se payent que sur les biens du défunt, déduction faite de ses dettes.*

En résumé, l'excédent de l'actif sur le passif est-il égal ou supérieur au montant des valeurs léguées : tous les legs sont acquittés intégralement. Est-il inférieur : chacun des legs subit une réduction proportionnelle. Que si l'actif est absorbé par le passif, tous les legs sont caducs.

Les créanciers n'ont, en principe, aucun droit de poursuite contre les légataires particuliers. Toutefois il en est différemment dans le cas où la chose léguée est un immeuble affecté par hypothèque au payement d'une dette du défunt. Les créanciers qui ont une hypothèque peuvent, en effet, poursuivre, partout où il passe, l'immeuble sur lequel elle porte, et forcer la personne qui l'a reçu de leur débiteur, par achat, échange, donation ou legs, à leur en faire l'abandon, si elle ne préfère le conserver en acquittant la dette au payement de de laquelle il a été affecté (art. 2058 et suiv.). Ainsi, le légataire qui ne veut ni payer la dette ni délaisser l'immeuble hypothéqué, peut en être exproprié sur la poursuite du créancier. Mais, soit qu'il paye, soit qu'il délaisse l'immeuble, soit qu'il en subisse l'expropriation, un recours lui est ouvert contre ceux dont il a éteint la dette : car c'est avec son propre argent ou sa propre chose qu'ils ont été libérés (*a*).

(*a*) L'article 741 est en ces termes :

741. " Le légataire particulier qui acquitte la dette hypothécaire lors-
" qu'il n'en est pas tenu, pour libérer l'immeuble à lui légué, a son recours
" contre ceux qui viennent à la succession, chacun pour leur part, avec
" subrogation comme tout autre acquéreur à titre particulier."

C'est en substance la disposition de l'article 874 du code Napoléon, mais ce dernier article ne limite pas comme notre article 741 les effets de la subrogation.

Ajoutons que l'article 735 donne également au légataire particulier qui acquitte la dette hypothécaire un recours " contre ceux tenus personnellement."

En résumé, le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué est soumis à l'action hypothécaire du créancier, sauf son recours contre qui de droit. Nous dirons tout à l'heure contre quelles personnes et par quelles actions il l'exerce.

L'avantage accordé aux légataires particuliers de ne pas contribuer au payement des dettes est fondé :

1° Sur l'intention probable du testateur ;

2° Sur une considération d'ordre public.

1° *Sur l'intention probable du testateur*... Celui qui lègue l'universalité de ses biens, ou une fraction, un tiers, un quart de cette universalité, ne précise point par un chiffre déterminé, l'émolument dont il entend gratifier le légataire. Ce n'est pas telle somme plutôt que telle autre ; il lègue sa fortune ou une portion de sa fortune, telle qu'elle se comporte, dettes et biens. Il n'en est point de même de celui qui fait un legs particulier, qui par exemple lègue telle somme ou tel immeuble. Celui-là, en effet, précise la libéralité qu'il veut faire : c'est un droit intact, pur, sans mélange d'obligation, qu'il entend transmettre, 10,000 francs si c'est 10,000 francs qu'il a légués. Le légataire ne recevait donc pas, s'il devait supporter une portion des dettes, tout ce que le *de cujus* a voulu lui laisser.

2° *Sur une considération d'ordre public*... Qu'on suppose en effet, qu'un défunt a légue des valeurs, de petites sommes, à 30, 40, 50 personnes : si chacun de ces légataires devait contribuer, pour sa part, à l'acquittement des dettes, il faudrait estimer chacun des objets légués, comparer leur valeur à la valeur des autres biens, afin de déterminer la fraction qu'ils représentent dans la masse, diviser ensuite les dettes en je ne sais combien de petites fractions correspondantes. De là des estimations multipliées, des frais considérables à la charge de la succession, un fractionnement exagéré des dettes, et, par suite, un préjudice fort grave pour les créanciers. Et que fût-il arrivé si l'un des contribuables eût été, par l'effet d'une hypothèque ou de l'une des causes que nous étudierons bientôt, obligé de payer au-delà de sa part contributoire ? Il lui eût fallu recourir contre 30, 40, ou 50 personnes, et en cas d'insolvabilité de l'une d'elles, revenir encore contre les autres ! De là des conflits difficiles, une source inépuisable de procès !

Le principe que les *successeurs particuliers* ne contribuent point au paiement des dettes souffre une exception. Nous savons, en effet, que les héritiers au profit desquels s'est ouverte une *succession anomale* doivent supporter une portion

des dettes, quoique pourtant ils ne succèdent qu'à des objets particuliers (*a*).

[[Nous avons une jurisprudence assez abondante sur les dispositions qui viennent d'être énoncées.

Dans une ancienne cause de *Gagnon* v. *Pagé* (1 R. de L., p. 348), il a été jugé qu'une action contre un légataire universel est bien fondée en droit sans une allégation qu'il est le seul légataire ; c'est au défendeur, s'il n'est pas seul, à plaider ce fait.

Dans une autre cause également ancienne de *Lenoir* v. *Hamelin* (3 L. C. R., p. 133), on a décidé qu'un légataire universel ne peut se soustraire au paiement des legs particuliers sous prétexte que les meubles sont insuffisants, s'il n'a rendu compte des biens de la succession ou fait offre de les abandonner, et qu'il doit y être condamné individuellement et en son propre nom (*b*).

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Matte* & *Laroche* (8 R. L., p. 517), que le créancier d'un testateur qui a discuté les biens de la succession, sans avoir été payé, peut poursuivre le légataire particulier d'un immeuble, pour qu'il soit tenu de le rapporter et de le délaisser en justice, si mieux il n'aime payer la créance du demandeur ; qu'en ce cas, le défendeur qui a fait des impenses pour lesquelles il a une créance privilégiée sur l'immeuble dont on lui demande le délaissement, n'a pas droit de retenir l'immeuble jusqu'à ce qu'il ait été payé de ses impenses, mais qu'il peut exercer sa créance privilégiée sur le prix de l'immeuble qui devra être vendu sur un curateur au délaissement, dans le cas où le défendeur ne se prévaudrait pas de l'option qui lui est offerte de payer la créance du demandeur (*c*).

Le juge Loranger a décidé, dans la cause de *The Royal Institution for the Advancement of Learning* v. *Scott* (5 L. N., p. 375), que, dans une action en recouvrement de legs, on peut

---

(*a*) Voy. *supra*, p. 332.

(*b*) Cet abandon des biens ne serait pas permis maintenant, l'article 878, qui est de droit nouveau, mettant le légataire universel ou à titre universel sur le même pied que l'héritier et lui ouvrant la faculté de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire. Avant le code, cet abandon accompagné d'un compte par le légataire avait l'effet de décharger ce légataire de toute responsabilité personnelle. Voy. les rapports des codificateurs, t. 2, p. 180, et l'article 131 de leur projet du titre *Des donations entrevifs et testamentaires*.

(*c*) Voy. l'art. 2072. Voy. mon tome 2, p. 504.

joindre les héritiers aux exécuteurs testamentaires comme défendeurs.

Dans la cause de *Pierce* & *Butters* (24 L. C. J., p. 167), la cour d'appel a jugé que l'on peut poursuivre des légataires universels qui ont accepté une succession purement et simplement, et cela malgré que le testateur ait nommé des exécuteurs testamentaires qui sont en possession des biens de la succession.

Une décision semblable a été rendue par la même cour dans une cause de *Rolland* & *Beaudry* (23 L. C. J., p. 255) (*a*), et par la cour supérieure, Wurtele, J., dans la cause de *Bourassa* v. *Bourassa* (M. L. R., 7 S. C., p. 1). Dans cette dernière cause on a jugé que les légataires universels ont le droit de procéder contre les exécuteurs testamentaires afin qu'ils paient la dette, mais qu'ils ne peuvent pour cela obtenir la suspension des procédures dans l'action du créancier contre eux.

La cour d'appel a décidé, dans la cause de *Trudelle* & *Hudon* (24 L. C. J., p. 171), qu'une partie condamnée comme légataire universel ou donataire universel en usufruit, est, en vertu de tel jugement, débitrice personnelle du jugement. Cela est conforme à l'article 876 (*b*).

Il a été jugé par la cour de révision, dans la cause de *La banque Ville-Marie* v. *Rocher* (M. L. R., 1 S. C., p. 409), que les biens d'une succession ne sont pas le gage des créanciers de préférence aux légataires particuliers, de manière à ce qu'ils puissent empêcher ces derniers de prendre possession de leurs legs ; que s'il doit y avoir réduction des legs particuliers pour payer les dettes du testateur, les créanciers ont une action contre les légataires à ce titre pour obtenir cette réduction, mais qu'ils ne peuvent faire mettre, au nom d'un curateur nommé à la succession insolvable, tous les biens du testateur. Cependant, ce jugement fut infirmé par la cour d'appel (la cause est rapportée sous le titre de *Viger* & *Robitaille*, 4 D. C. A., p. 372) et on a décidé que les légataires particuliers ne peuvent obtenir la possession de leur legs, lorsque les créanciers de la succession ont demandé la séparation de patrimoine et

---

(*a*) Le jugement de la cour supérieure en cette cause est rapporté, 22 L. C. J., p. 72. D'après *Ramsay's Appeal Cases*, col. 278, *in fine*, on aurait, en cette cause, considéré comme pouvant constituer acceptation de la succession par un légataire universel le fait de présenter, comme tel, une requête pour prendre le fait et cause du défunt.

(*b*) Voy. *supra*, p. 458, la cause de *Corse* v. *Drummond*, 24 L. C. J., p. 254, quant à la responsabilité pour dettes de l'héritier bénéficiaire.

n'ont pas été désintéressés ou qu'on ne leur a pas donné caution qu'ils seraient intégralement payés. Voy. *infra*, p. 610.

Dans la cause de *Graham* v. *Chantigny* (13 L. N., p. 346), le juge Champagne a décidé qu'une nouvelle demande de paiement au légataire universel n'est pas nécessaire, lorsque la demande de paiement a déjà été faite au défunt.

Enfin, le juge Davidson a jugé, dans la cause de *Martin dit Ladouceur* v. *Lionais* (M. L. R., 6. S. C., p. 189), que lorsque une personne laisse, par testament, tous ses biens à un fidéicommissaire chargé de les diviser ou de les léguer, quand bon lui semblerait, aux enfants du testateur, ou à l'un d'eux, par parts égales ou inégales, le fidéicommissaire devant avoir en attendant la jouissance et la saisine de ces biens, les créanciers de la succession n'ont pas d'action contre les futurs héritiers, enfants du testateur, aussi longtemps que les biens n'ont pas été partagés ou légués par le fidéicommissaire.]]

§ III.—*Contribution aux dettes.*

[[" S'il y a plusieurs héritiers ou plusieurs légataires universels," dit l'article 736, " ils contribuent à l'acquittement " des charges et dettes *chacun en proportion de sa part dans* " *la succession* " (*a*).

Cette disposition se complète par celle de l'article 737 que je cite plus loin.]]

Cette formule n'est pas exacte : prise à la lettre, elle nous conduirait à un résultat que dément l'article 735 combiné avec l'article 1122. Le *de cujus* qui avait trois fils et 80,000 francs de biens, a légué, par préciput et hors part, 20,000 francs à son fils aîné : celui-ci prend donc, d'une part, en sa qualité de *légataire préciputaire*, 20,000 francs, et, d'autre part, en sa qualité d'*héritier*, le tiers des 60,000 francs restant après l'acquittement de son legs, ou 20,000 francs ; en tout 40,000 francs sur 80,000, c'est-à-dire la *moitié* de l'actif de la succession. Payera-t-il la *moitié* des dettes ou seulement le *tiers ?* Il devrait en payer la moitié, si nous ne consultons que le texte de l'article 736. Mais il n'en est pas ainsi. Il y a en lui deux personnes qu'il ne faut pas confondre, un *légataire particulier* et un *légataire légitime*. Comme légataire particulier

(*a*) Cet article est au même effet que l'article 780 du code Napoléon, sauf que ce dernier article ne mentionne pas les légataires universels. Cette différence, cependant, est importante comme nous le verrons *infra*, p. 583, note (*a*).

il ne contribue pas au payement. En sa qualité d'héritier il ne peut être contraint de payer que la part dont il est tenu *comme représentant du défunt* (art. 1122) ; or, dans l'espèce, il ne représente le défunt que pour un tiers : dès lors, il ne doit supporter que le tiers des dettes.

Corrigeons donc l'article 736 en disant : Les héritiers contribuent entre eux au payement des dettes, en proportion de ce qu'ils prennent dans la succession *en qualité d'héritiers*, ou, plus simplement : *en proportion de leur part héréditaire*, ou bien enfin, avec l'article 1122 : *en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux représente le défunt.*

C'est dans la même proportion que contribuent les *successeurs aux biens*, je veux dire les successeurs irréguliers et les légataires universels ou à titre universel. Qu'ils soient appelés seuls ou qu'ils soient appelés en concours avec des héritiers représentants du défunt, le résultat est toujours le même : ils supportent dans les dettes une fraction corrélative à la fraction qu'ils prennent dans les biens, [[mais, dans notre droit, de même que dans le cas de l'héritier, leur contribution peut dépasser leur émolument (*a*).]]

Le défunt a-t-il des héritiers *ab intestat*, et un légataire à titre universel pour la moitié ou pour le quart de ses biens : ses dettes sont supportées, pour moitié ou pour un quart, par le légataire, et, pour le surplus, par les héritiers *ab intestat* (1). N'a-t-il laissé que des légataires à titre universel : chacun d'eux supporte dans les dettes une fraction correspondante à la fraction des biens qu'il a reçue.

[[C'est la disposition de l'article 737 qui se lit ainsi qu'il suit : —

737. " Le légataire à titre universel, venant en concours

(1) Et il n'y a pas à tenir compte de ce que des legs particuliers auraient été mis soit à la charge du légataire à titre universel, soit à la charge des héritiers *ab intestat*. Voy. l'arrêt de la chambre des requêtes du 30 avril 1884.

(*a*) En France, les légataires universels ou à titre universel ne contribuent au paiement des dettes que jusqu'à concurrence de leur émolument. Nos articles 736, 737 et 738 mettent les légataires universels ou à titre universel sur le même pied que l'héritier. Ils ne peuvent même échapper au paiement des dettes en abandonnant les biens, privilège que possède, sous certaines conditions, le donataire universel ou à titre universel (art. 798). Pour échapper à cette responsabilité, ils doivent, comme l'héritier lui-même, accepter sous bénéfice d'inventaire. Voy. l'art. 878.

" avec les héritiers, contribue aux charges et dettes dans la " même proportion " (*a*).

Dans la cause de *Grange* v. *McDonald* (2 R. C., p. 478), le juge Mackay a décidé que l'on peut poursuivre des héritiers conjointement et qu'il n'est pas nécessaire d'alléguer qu'ils ont accepté la succession, les défendeurs, s'ils n'ont pas accepté, devant le faire voir.

La cour de révision, à Montréal, a également jugé, dans la cause de *La fabrique de Notre-Dame de Montréal* v. *Brault* (1 L. C. L. J., p. 66), que les héritiers ne sont responsables que chacun pour sa part pour le loyer d'un banc dû par leur auteur et pour les frais de sépulture de celui-ci.

Je puis également citer un arrêt du juge Davidson, dans une cause de *Truteau* v. *Fahey* (R. J. Q., 2 C. S., p. 449), que lorsque plusieurs héritiers chargent l'un d'eux de liquider les dettes de la succession au meilleur avantage, les autres héritiers n'en sont pas moins obligés à contribuer aux dettes et charges, chacun en proportion de sa part dans la succession.]]

§ IV. *Droit de poursuite des créanciers et des légataires particuliers.*

[[Ce droit est consacré en ces termes par l'article 738

738. " L'obligation résultant des articles précédents est per-" sonnelle à l'héritier et aux légataires universels ou à titre " universel ; elle donne contre chacun d'eux respectivement " une action directe aux légataires particuliers et aux créanciers " de la succession."

Cet article est plus complet que l'article 873 du code Napoléon. Ce dernier article ne parle que de l'héritier; notre article rend également responsables personnellement les légataires universels et à titre universel. De plus, le code français ne mentionne que les créanciers ; cette énonciation est incomplète, car on ne saurait confondre le légataire particulier avec le créancier ; le droit du premier passe après celui du second (art. 880).

Constatons en outre que la rédaction de notre article échappe au reproche que l'on adresse à la rédaction de l'article 873 du code Napoléon. Ce dernier article dit que les héritiers sont

---

(*a*) Cet article énonce la même disposition que la première partie de l'article 871 du code Napoléon. La seconde partie de ce dernier article pose le principe que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes, et correspond ainsi à notre article 735.

tenus personnellement *pour leur part et portion virile*. Cette expression est inexacte, car, prise au pied de la lettre, elle signifierait que les dettes se divisent également parmi les héritiers d'après leur nombre, *pro numero virorum*. Ainsi le défunt laisse pour héritier son père et deux frères. Si le partage des dettes se faisait d'après le nombre des héritiers, le père ne paierait que le tiers des dettes, alors qu'il prend la moitié des biens et chacun des frères du défunt le quart (art. 626, 627). Telle n'est pas la règle que la loi consacre; au contraire, chaque héritier ne contribue aux dettes que pour sa part héréditaire; le père supporterait donc la moitié des dettes, chacun des frères un quart. Pour la détermination de la part contributoire de chaque héritier, notre article se contente de renvoyer aux articles qui précèdent.

Il est donc de principe que l'obligation de l'héritier ou du légataire universel de payer les dettes de la succession s'il est seul, et d'y contribuer s'il a des cohéritiers, est une *obligation personnelle*. Il en est de même de l'obligation du légataire à titre universel. En d'autres termes, les dettes de la succession sont les dettes personnelles des héritiers ou légataires universels ou à titre universel; quand il y a plusieurs héritiers, il y a lieu à contribution, mais cette contribution ne change pas la nature de cette dette, elle n'a que l'effet de la scinder parmi plusieurs débiteurs et d'en faire une obligation divisible.

Les auteurs du code Napoléon, en déclarant que les héritiers sont tenus personnellement *pour leur part et portion virile*, n'avaient fait que reproduire la règle de l'ancien droit, sans songer que cette règle devenait inapplicable en vue du principe consacré par l'article 732 de ce code (notre article 599), savoir: que la loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession Nous avons dit qu'il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence.]] On se souvient que l'ancien droit coutumier, au lieu de fractionner la masse des biens du défunt entre ses parents appelés à lui succéder, attribuait tels biens à tel héritier, et tels autres biens à tel autre héritier, les propres paternels à celui-ci, les propres maternels à celui-là. Dans ce système, il était impossible de savoir, *a priori*, dans quelle proportion chaque héritier succédait au défunt: cette proportion n'était connue qu'après coup. On estimait les biens dévolus à chaque héritier, et on déterminait, en comparant le chiffre de chaque estimation à la masse totale des biens, la fraction afférente à chaque héritier. Or, c'eût été faire préjudice aux créanciers, porter atteinte à leurs droits,

que de les forcer d'attendre qu'on eût déterminé la part contributoire de chaque héritier : car les expertises et estimations qu'il fallait faire dans ce but n'étaient souvent achevées qu'après de fort longs détails. En conséquence, la loi leur permit d'agir immédiatement. Mais, comme la part, la fraction héréditaire des héritiers, n'était pas encore connue, les créanciers étaient autorisés à poursuivre chacun d'eux pour sa part et portion virile, c'est-à-dire pour la moitié et pour le quart suivant qu'ils étaient deux ou quatre ; sauf, bien entendu, aux contribuables de s'arranger ensuite entre eux. Tel était autrefois le sens de la règle que chaque héritier peut être poursuivi pour sa part et portion *virile*.

Il y a pourtant des personnes qui pensent que l'ancienne règle doit recevoir son application dans les cas exceptionnels où quelques-uns des héritiers, au lieu d'être appelés à une *fraction du patrimoine du défunt*, succèdent seulement à certains biens, ce qui arrive dans le cas de la succession anomale (art. 630). D'une part, en effet, il est impossible de connaître, *a priori*, la fraction héréditaire de ces héritiers ; d'autre part, on ne peut pas forcer les créanciers à rester dans l'inaction jusqu'à ce que les contribuables aient déterminé, par une expertise et par des estimations, la part contradictoire de chacun (voy. *supra*, p. 332) (1).

En résumé, chacune des dettes se divise de plein droit entre les héritiers, et chacun d'eux en est tenu envers les créanciers, proportionnellement à la part pour laquelle il représente le débiteur auquel il succède. Chacune de ces fractions forme désormais une dette principale, distincte des autres ; il n'existe entre elles aucun lien, aucune solidarité. Les choses se passent comme si le créancier avait eu, *ab initio*, plusieurs personnes obligées conjointement, mais sans solidarité. Concluons-en que l'héritier qui a payé sa part n'est pas responsable de l'insolvabilité de ses cohéritiérs ; il n'en est point responsable, *lors même qu'il reste entre ses mains, après sa part de dettes payée, un excédent d'actif.* Le défunt a laissé 60,000 francs de biens, une dette de 30,000 francs et trois fils pour héritiers ; deux de ses fils ont payé chacun un tiers de la dette, ou 10,000 francs ; le troisième fils, après avoir recueilli sa part de l'actif

---

(1) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 112 ; Val. ; Dem., t. 3, nº 209 *bis*, III ; Demol., t. 17, nº 43.—*Contrà*, M. Laurent, t. 11, nº 65 [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 291, est du même avis que M. Laurent. Il dit que l'opinion contraire doit être rejetée comme n'ayant aucune base dans les textes. Telle me paraît être la solution la plus sûre.]]

et l'avoir dissipée, est devenu insolvable : le créancier ne peut pas s'adresser aux deux héritiers qui se sont acquittés, car ils n'étaient pas les codébiteurs solidaires de leur frère. Le créancier, d'ailleurs, est en faute : il pouvait requérir l'apposition des scellés, et, si sa créance était exigible, se faire payer avant le partage (art. 1281 C. P. C.). Dans tous les cas, il se fût mis en garde contre l'insolvabilité de chacun des héritiers en demandant contre chacun d'eux la séparation des patrimoines (art. 743). Ceux des contribuables qui ont payé leur part ne doivent pas souffrir de sa négligence.

Le bénéfice d'inventaire n'est pas un obstacle à la division des dettes : les articles 738 et 1122 ne font, en effet, aucune distinction. Que les héritiers soient tous héritiers purs et simples, qu'ils soient tous héritiers bénéficiaires, ou enfin qu'ils soient de qualités différentes, chacun d'eux n'est toujours tenu, sans aucune solidarité avec ses cohéritiers, que d'une fraction dans les dettes, correspondante à la fraction que la loi lui attribue dans les biens. S'il en était autrement, c'est-à-dire si l'héritier bénéficiaire pouvait être actionné pour une portion pour forte que sa part contributoire, il serait moins bien traité que l'héritier pur et simple, ce qui serait absurde. La seule différence qui existe à cet égard entre l'héritier pur et simple et l'héritier bénéficiaire, c'est que le premier, étant tenu *in infinitum*, est tenu de payer en totalité la fraction passive mise à sa charge, *lors même qu'elle est supérieure à l'émolument qu'il retire de la succession ;* tandis que, dans le même cas, le second, n'étant jamais tenu au delà de son émolument, est entièrement quitte dès qu'il a épuisé, en payant les créanciers, la portion des biens dont il était investi.

Le défunt a laissé 12,000 francs de biens, 24,000 de dettes et deux fils, *Primus* et *Secundus*. *Primus* a accepté purement et simplement ; *Secundus*, sous bénéfice d'inventaire : *Secundus*, héritier bénéficiaire, ne payera que 6,000 francs, car c'est à ce chiffre que s'élève son émolument, et, là où s'arrête son émulument, là finissent sa contribution et son obligation aux dettes. Quant à *Primus*, héritier pur et simple, il payera 12,000 francs, parce qu'il est tenu *ultra vires* ; mais il n'est pas pas responsable de la perte que le créancier éprouve par suite du bénéfice d'inventaire qui a limité à 6,000 francs l'obligation de *Secundus*.

Ainsi, quand on dit que l'héritier pur et simple est tenu *in infinitum*, cela ne signifie point qu'il est tenu de payer non seulement une fraction des dettes correspondante à la fraction

des biens qu'il recueille, mais encore toutes les portions dont ses cohéritiers sont déchargés par l'effet du bénéfice d'inventaire ; il faut, je le répète, entendre la règle simplement en ce sens qu'il doit payer, en totalité, une fraction passive correspondante à la fraction active qu'il recueille, encore bien que le chiffre des dettes composant sa fraction passive soit supérieure à l'émolument qu'il retire de sa fraction active.

Ce que j'ai dit des héritiers bénéficiaires, [[dit Mourlon,]] je l'applique également aux successeurs aux biens, c'est-à-dire aux successeurs irréguliers et aux légataires universels ou à titre universel : chacun d'eux, suivant moi, n'est tenu que d'une fraction passive correspondante à la fraction active qu'il recueille (*a*).

Mais ce qu'il importe de bien remarquer, [[ajoute-t-il,]] c'est que la présence des *successeurs aux biens* en concours avec des *héritiers légitimes* ne diminue point l'obligation dont ceux-ci sont tenus envers les créanciers, en leur qualité de représentants du débiteur. Les créanciers peuvent, sans aucun doute, diviser leur action et agir tant contre les successeurs aux biens que contre les héritiers, demandant à chacun une portion de dettes corrélative à la portion active qu'il recueille ; mais ils ont le droit, faisant abstraction des successeurs aux biens, de poursuivre exclusivement chacun des héritiers légitimes, proportionnellement à la part pour laquelle il représente le défunt,—sauf aux héritiers légitimes à recourir contre les successeurs aux biens, à l'effet de répéter d'eux leur part contributoire.

Cette théorie, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans un texte positif, résulte nécessairement, [[dit encore Mourlon,]] de la combinaison des principes. Les héritiers légitimes, bien qu'en concours avec des successeurs aux biens, représentent seuls le défunt ; et ils le représentent *pour le tout*, puisque les successeurs aux biens ne le représentent pour aucune partie. Or, aux termes des articles 607, 738, et 1122, les représentants du défunt sont tenus d'acquitter toutes ses dettes. C'était d'ailleurs l'avis de Pothier : " La délivrance, disait-il, que les héritiers font au légataire du tiers des biens, oblige sans doute ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes, à les

(*a*) Les légataires universels dans notre droit sont tenus comme l'héritier lui-même. On ne peut les comparer à l'héritier bénéficiaire que quand ils ont réclamé le bénéfice d'inventaire. Voy. ma note (*a*) *supra*, p. 583.

indemniser de ce tiers, mais ne les *désoblige pas envers les créanciers de la succession* (1)."

Soient une dette de 3000 francs, deux fils du défunt et un légataire à titre universel pour un tiers : chacun d'eux, étant appelé à prendre le tiers des biens, doit supporter le tiers de la dette. La part contributoire est donc de 1.000 francs pour chacun. Mais les deux fils du défunt, étant *seuls* ses représentants, sont tenus, [[suivant Mourlon,]] pour le tout envers le créancier, c'est-à-dire chacun pour moitié, pour 1,500 francs, sauf pour chacun d'eux le droit de se faire rembourser 500 francs par le légataire à titre universel (2).

[[Je crois, cependant, que le texte de notre article 736 repousse cette solution. Il dit que s'il y a plusieurs héritiers ou *légataires universels, ils contribuent* à l'acquittement des charges et dettes, *chacun en proportion de sa part dans la succession* (a). Et l'article 737 ajoute que le *légataire à titre universel*, venant en concours avec les héritiers, *contribue aux charges et dettes dans la même proportion*. La théorie de notre droit n'est plus celle de l'ancien droit ; le légataire universel ou à titre universel est maintenant tenu de sa part des dettes *in infinitum*, à moins qu'il ne réclame le bénéfice d'inventaire (voy. l'art. 878 qui est de droit nouveau). Je conclus donc que la présence d'un légataire universel ou à titre universel diminue d'autant l'obligation des héritiers *ab intestat*.]]

§ V. — *Des cas où, par exception, l'*OBLIGATION *est plus forte que la* CONTRIBUTION *aux dettes.*

J'ai montré qu'en principe la *contribution* et l'*obligation* aux dettes sont corrélatives, c'est-à-dire que chaque héritier ou successeur n'est obligé envers les créanciers et ne peut être actionné par eux que dans la limite de sa contribution. Mais il n'en est pas toujours ainsi : il arrive quelquefois qu'un

---

(1) *Success.*, chap. V, art. III, § 2.

(2) MM. Bug., *sur Poth.*, t. 8, p. 210 ; Val. ; Dem., t. 3, nº 208 *bis*, I ; Aubry et Rau, t. 6, § 636, p. 668 et suiv., et § 640 *bis*, p. 724 ; Colmet de Santerre t. 4, nºs 152 et suiv. ; Laurent, t. 11, nº 66 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, nº 290. Il dit que c'était là la solution de l'ancien droit.]] — *Contra*, M. Demol., t. 17, nºs 37 et suiv. Joignez les autorités que cite cet éminet jurisconsulte.

(*a*) J'ai déjà fait remarquer que l'art. 780 au code Napoléon qui correspond à notre article 736 ne mentionne pas les légataires universels.

des héritiers ou successeurs peut être contraint, sur la poursuite d'un créancier, de payer une dette en totalité ou une portion plus forte que sa portion contributoire.

Un héritier peut être contraint de payer au-delà de sa part contributoire dans les cas suivants :

1° Lorsque les contribuables sont convenus, en partageant la succession, que telle dette sera payée *en totalité* par l'un d'entre eux.—Chaque dette se divise de plein droit entre tous les contribuables : mais, de même qu'on peut, pour faciliter les partages, mettre dans un lot une créance intégrale, de même il est permis de charger spécialement un lot du payement intégral d'une dette. Celui des contribuables qui reçoit ce lot s'oblige, en l'acceptant, à payer la part de ses cohéritiers en même temps que la sienne : ceux-ci ont, par conséquent, le droit de le contraindre à payer toute la dette, et c'est en exerçant de leur chef (art. 1031) l'action qui leur compète que le créancier peut le poursuivre *pour le tout*. Il est bien entendu, au reste, que le créancier est le maître d'agir, s'il le préfère, contre chacun des contribuables proportionnellement à sa part active : c'est un droit qu'il tient de la loi (art. 738 et 1122), et la convention intervenue entre les contribuables n'a pas pu le lui faire perdre (art. 1023). S'il use de ce droit, chaque contribuable peut actionner en garantie celui d'entre eux qui a été chargé du payement de la dette entière.

2° Lorsque la dette est *indivisible*. — Chaque héritier peut alors être poursuivi *pour le tout*. Nous verrons plus tard dans quels cas la dette est indivisible (art. 1124 et suiv.).

3° Lorsque la dette est *d'un corps certain* placé dans le lot de l'un des héritiers. — Cet héritier peut alors être actionné *pour le tout*.

4° Lorsque le *de cujus* est convenu avec son créancier que la dette serait acquittée en totalité par tels de ses héritiers présomptifs.

5° Lorsque la dette était, du vivant même du débiteur, garantie par une hypothèque.—Le cas a été prévu par l'article 739 en ces termes : [[" Outre cette action personnelle, l'héri-
" tier et le légataire universel ou à titre universel, sont encore
" tenus hypothécairement pour tout ce qui affecte les immeu-
" bles tombés dans leur lot ; sauf recours contre ceux tenus
" personnellement, pour leur part suivant les règles applica-
" bles à la garantie " (*a*).]] Il s'agit ici, d'une hypothèque

(*a*) Cette disposition n'est pas tirée textuellement du code Napoléon, mais la règle qu'elle énonce se déduit des articles 871 et 873 de ce code.

antérieure à l'ouverture de la succession, née du vivant même du débiteur ; celui des héritiers qui reçoit dans son lot l'immeuble qui en est grevé est tenu de désintéresser pour le tout le créancier hypothécaire.

L'hypothèque est, en effet, *indivisible: chacune des fractions* de l'immeuble sur lequel elle est établie est affectée au payement *intégral* de la dette (voy. l'article 2017). De là cette conséquence : l'héritier détenteur soit de l'immeuble en son entier, soit d'une partie seulement, est tenu du payement de la dette entière. Ainsi, lorsque l'immeuble hypothéqué a été partagé entre tous les héritiers, chacun d'eux peut être actionné pour le tout. Mais remarquons que chacun d'eux ne doit *personnellement*, c'est-à-dire *sur tous ses biens*, que la portion de dette correspondante à sa portion héréditaire, et que, quant au surplus, il n'en est tenu que *propter rem*, comme détenteur de la chose qui en est grevée ; j'en conclus que l'héritier qui a payé ou qui offre de payer la part dont il est tenu *personnellement*, peut, de même qu'un légataire particulier ou que tout autre tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, se soustraire au payement de ce qui excède sa part contributoire en abandonnant l'immeuble ou la portion de l'immeuble hypothéqué mise dans son lot (art. 2075).

§ VI.—*Du recours qui appartient à l'héritier ou au successeur qui a payé une dette dont il ne devait supporter aucune partie, ou qui a payé au-delà de sa part contributoire.*

Le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué peut être actionné par le créancier hypothécaire ; mais, soit qu'il paye la dette, soit qu'il délaisse l'immeuble, soit qu'il en subisse l'expropriation, la dette qu'il éteint n'est pas la sienne : car, aux termes de l'article 735, les légataires particuliers ne contribuent point au payement des dettes du défunt. C'est donc la dette d'*autrui* qu'il a éteinte avec son propre bien ou avec son propre argent : de là un recours à son profit (*a*). Il peut exercer ce recours :

1° Par une action de *gestion d'affaires* (art. 1043 et suiv. (*b*)

(*a*) J'ai cité à cet effet notre article 741, p. 578, *supra*, note (*a*).

(*b*) En France, cette action est garantie par une hypothèque légale sur tous les immeubles de la succession : art. 1017 C. N. Nous n'avons pas de disposition analogue.

2° Par l'action qui appartenait au créancier originaire. C'est une application du principe que ceux qui sont tenus *pour un autre* sont de plein droit, quand ils payent, subrogés aux droits, actions, privilèges et hypothèques du créancier qu'ils désintéressent (art. 1156-3°). [[Ce n'est que dans ce cas que le légataire particulier aurait, dans notre droit un recours hypothécaire ; on suppose bien entendu qu'il existe d'autres hypothèques que celle qui porte sur l'immeuble légué, par exemple, sur des immeubles échus aux héritiers ou à d'autres légataires. Cependant notre article 741 limite les effets de la subrogation acquise par le légataire particulier en disant que ce légataire a son recours "contre ceux qui viennent à la succession, *chacun* "*pour leur part*." L'article 874 du code Napoléon, qui correspond à notre article 741, admet la subrogation sans réserve, mais l'article 875 du même code limite le recours de l'héritier qui a payé plus que sa part à la part contributoire de chacun des héritiers.]]

L'héritier ou le successeur universel qui, ayant dans son lot un immeuble hypothéqué, a été obligé de payer en totalité la dette au payement de laquelle cet immeuble était affecté, acquiert également un recours pour tout ce qu'il a payé au delà de sa part contributoire. Ce recours, il peut l'exercer par une action de gestion d'affaires : car, en payant la dette entière, il a libéré tous ceux qui en étaient tenus avec lui ; [[mais il n'a pas besoin de recourir à cette action, car l'article 740 le subroge expressément aux droits du créancier qu'il a désintéressé. Cette disposition est en ces termes :

740. "L'héritier ou le légataire universel ou à titre universel "qui acquitte, sans en être tenu personnellement, la dette "hypothécaire dont est grevé l'immeuble tombé dans son lot, "devient subrogé aux droits du créancier contre les autres "cohéritiers ou colégataires pour leur part ; la subrogation "conventionnelle ne peut en ce cas avoir un effet plus étendu ; "sauf les droits de l'héritier bénéficiaire comme créancier."

Cet article ne peut guère se comparer à l'article 875 du code Napoléon qui lui correspond. En effet, tandis que l'article 875 dit que l'héritier n'a de recours contre ses cohéritiers que pour la part que chacun d'eux doit personnement en supporter, "même dans le cas où il se serait fait subroger," notre article porte qu'il devient subrogé aux droits du créancier contre les autres cohéritiers ou colégataires, pour leur part. Cependant on reconnaît, en France, que cette subrogation a lieu de plein droit, malgré le doute que la rédaction de l'article 875 C. N., a

fait naître. Ce doute il est clair, ne peut même pas exister dans notre droit. Nous pouvons donc dire, malgré ces différences de rédaction, que notre droit ne diffère nullement, sous ce rapport, du droit français moderne ; ici, comme en France, la subrogation a lieu de plein droit, et le recours de l'héritier qui paie se divise, nonobstant cette subrogation, entre ses cohéritiers. Ce qui pour celui-là était une dette indivisible, devient pour ceux-ci une dette divisible (*a*).]]

Ainsi, l'héritier qui paye le total d'une dette hypothécaire acquiert contre ses cohéritiers l'action hypothécaire du créancier originaire. Mais il l'acquiert fractionnairement, pour être exercée, contre chacun d'eux, dans la mesure de la portion de dette dont il est tenu *personnellement ;* en d'autres termes, l'action *hypothécaire* se divise par l'effet du payement, dans la même proportion que l'avait été elle-même l'action *personnelle* par la mort du débiteur. L'héritier ne peut donc point, comme l'aurait pu faire le créancier originaire, auquel pourtant il est subrogé, agir *pour le tout* contre celui de ses cohéritiers qui a dans son lot un immeuble hypothéqué à la même dette. Les rapports d'amitié et de bienveillance qui doivent toujours exister entre les membres de la même famille, et surtout le danger de recours répétés d'héritier à héritier, justifient suffisamment cette modification aux effets ordinaires de la subrogation et de l'hypothèque. Et d'ailleurs si l'héritier qui a payé eût été autorisé à demander à l'un de ses cohéritiers une somme supérieure à sa part contributoire, ce contribuable eût été évincé d'une portion de son lot par celui-là même qui est garant en cas d'éviction ; ce résultat eût été contraire au principe que nul ne peut évincer celui auquel il devrait garantie de l'éviction : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Cette théorie est applicable, non seulement à l'héritier *subrogé* au créancier hypothécaire qu'il a désintéressé, mais encore à celui qui avait, de son chef, une créance hypothécaire contre le défunt. Elle est même applicable à l'héritier qui a reçu, par préciput, le legs d'un immeuble hypothéqué, et qui a été subrogé au créancier hypothécaire, *en sa qualité de légataire particulier.* Dans l'un et l'autre cas, en effet, l'héritier est, en cette qualité, *garant* des évictions que peuvent subir ses cohéritiers ; or, s'il lui était permis de demander à celui

(*a*) Notre article 740, plus complet en cela que l'article 875 du code Napoléon, mentionne les légataires.

d'entre eux qui possède l'immeuble hypothéqué à la dette une somme plus forte que sa part contributoire, il lui ferait subir une éviction. Les motifs qui, dans l'espèce exposée à l'alinéa qui précède, ont fait prohiber le recours pour le tout, s'adaptant exactement aux deux espèces que nous venons de faire, nous ne devons avoir pour chacune d'elles qu'une seule et même règle. Le système contraire donnerait lieu à des recours répétés d'héritier à héritier, recours que la loi a toujours pris soin d'éviter. Ce n'est qu'au profit de l'héritier *bénéficiaire*, créancier hypothécaire du défunt, *qu'est réservé* (par notre art. 740 lui-même) *le droit d'agir pour le tout*, sa part confuse et déduite, contre celui de ses cohéritiers qui détient l'immeuble affecté au payement de sa créance personnelle (1).

Si l'un des contribuables est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité n'est pas à la charge exclusive de celui qui a payé le total de la dette hypothécaire ; la loi veut qu'elle soit répartie, au marc le franc, entre celui qui exerce son recours et ceux contre lesquels il l'exerce.

[[C'est du reste ce que l'article 742, qui ne diffère guère en sa substance de l'article 876 du code Napoléon, décrète en ces termes :

742. " En cas de recours exercé entre cohéritiers et colégataire à cause de la dette hypothécaire, la part de celui qui est insolvable est répartie sur tous les autres au marc la livre, en proportion de leurs parts respectives."

Donc, celui qui exerce le recours supporte sa part de cette insolvabilité. Il va sans dire cependant que le légataire particulier, qui a acquitté une dette hypothécaire dont il n'était pas personnellement tenu, ne contribue pas à la part de l'insolvable.

Le code Napoléon contient un article (l'art. 872), qui dit que

---

(1) Dem., t. 3, n° 216 *bis*, II et III ; Marc., art. 875 ; M. Demol., t. 17, n° 81. MM. Aubry et Rau se sont ralliés à cette doctrine dans leur dernière édition, t. 6, § 637, p. 682, note 7.—*Contrà*, M. Dur., t. 7, n° 449 ; M. Laurent, t. 11, n° 82. [[M. Baudry-Lacantinerie, n°s 298 et 299, admet que l'héritier pur et simple, créancier hypothécaire du défunt, ne peut poursuivre chacun de ses cohéritiers, même celui qui détient l'immeuble hypothéqué à sa créance, que pour sa part contributoire de la dette, mais il enseigne que le légataire particulier, qui paie la dette à laquelle le testateur avait hypothéqué l'immeuble qui lui a été légué, ne subit pas cette limitation des effets ordinaires de la subrogation. Cette dernière solution est inadmissible dans notre droit, en vue des termes formels de l'article 741 qui ne donne au légataire particulier, contre ceux qui viennent à la succession, qu'un recours divisé. On ne voit pas trop pour quelle raison cette limitation a été décrétée.]]

" lorsque des immeubles d'une succession sont grevés de rentes " par hypothèque spéciale, chacun des cohéritiers peut exiger " que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus " libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les " cohéritiers partagent la succession dans l'état où elle se " trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que " les autres immeubles ; il est fait déduction du capital de la " rente sur le prix total ; l'héritier dans le lot duquel tombe " cet immeuble demeure seul chargé de la rente, et il doit en " garantir ses cohéritiers."

Cette disposition n'existe pas dans notre code. Les copartageants peuvent parer aux inconvénients qui pourraient résulter de recours répétés par le cohéritier, chaque fois qu'il paie des arrérages de la rente, en stipulant que ce cohéritier sera seul tenu de cette rente et qu'il en sera indemnisé par une contribution versée une fois pour toutes. Cependant, une règle générale, comme celle de l'article 872 C. N., n'eût pas été inutile.

Le code Napoléon contient une autre disposition qui a été omise par notre code. C'est celle de l'article 877 C. N. qui porte que " les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement " exécutoires contre l'héritier personnellement ; et néanmoins, " les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit " jours après la signification de ces titres à la personne ou au " domicile de l'héritier."

Nos codificateurs font observer que cet article " est justement " l'inverse de la doctrine reçue et pratiquée dans les pays de " coutume, où, malgré la règle, 'le mort saisit le vif,' l'on ne " pouvait exécuter le jugement rendu contre le défunt, sans " l'avoir fait déclarer exécutoire contre son héritier." Telle du reste est la disposition formelle de l'article 546 du code de procédure civile, lequel ne permet que la continuation de l'exécution commencée avant le décès du débiteur.]]

§ VII. — *De la séparation des patrimoines* (1).

I. Ce que c'est que la séparation des patrimoines. — Quelles personnes peuvent la demander. — Ses effets. — Lorsque la succession est acceptée purement et simplement, les biens et les dettes du défunt se confondent avec les biens et les dettes de l'héritier. Cette confusion profite à l'héritier et à ses ayant-cause, au

(1) Voy., [[dit Mourlon,]] sur cette importante matière, mon *Exam. crit. du Commentaire de M. Troplong sur les privil.*, art. 2111.

préjudice des créanciers du défunt, dans le cas où celui-ci, étant mort solvable où à peu près solvable, a laissé un héritier qui a plus de dettes que de biens. Soit une succession, comprenant 20,000 francs de biens et 20,000 de dettes, échue à un héritier qui a 20,000 francs de biens et 40,000 francs de dettes : si les deux patrimoines restent confondus, nous aurons 40,000 francs de biens pour payer 60,000 francs de dettes : les créanciers du défunt, qui recevraient un payement intégral si leur débiteur vivait encore, ne recevront qu'un simple dividende, les deux tiers de leur créance. C'est afin de prévenir l'injustice de ce résultat que la loi leur permet de demander que les biens et les dettes du défunt ne se confondent point avec les biens et les dettes de l'héritier.

Cette séparation des patrimoines rétablit les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* n'était point décédé : les créanciers du défunt sont payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Les créanciers héréditaires ne jouissent de cet avantage qu'autant qu'ils le demandent en qualité de *créanciers du défunt* (art. 743). De là la règle de l'article 743 : le droit de séparation ne peut plus être exercé lorsqu'il y a *novation* dans la créance contre le défunt par l'acceptation de *l'héritier pour débiteur*. [[Cet article, du reste, est en ces termes :

743. " Les créanciers du défunt et ses légataires ont droit à " la séparation de son patrimoine d'avec celui des héritiers et " légataires universels, ou à titre universel, à moins qu'il n'y " ait novation. Ce droit peut être exercé tant que les biens " existent dans les mains de ces derniers ou sur le prix de " l'aliénation s'il est encore dû " (*a*).]]

(*a*) Cet article correspond aux articles 878, 879 et 880 du code Napoléon. Il y a, cependant, quelques différence à signaler. D'abord l'article 878 du code Napoléon ne parle pas des légataires du défunt, mais on leur reconnaît, en France, le droit de demander la séparation des patrimoines. Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art 878 C. N., nº 4. Ensuite la novation qui, aux termes de l'article 879 du code Napoléon, empêche la séparation des patrimoines, est celle qui résulte de " l'acceptation de l'héritier pour débiteur." Cette restriction n'est pas énoncée par notre article 743, mais je crois que nous devons l'accueillir. En troisième lieu, notre article permet la séparation des patrimoines quand le prix d'aliénation de l'immeuble héréditaire est encore dû. Le code Napoléon n'en parle pas, mais la doctrine française l'admet (voy. Sirey et Gilbert sur l'art. 880 C. N., nº 5), ce que n'ont pas paru remarquer nos codificateurs. Enfin, véritable différence : aux termes de l'article 880 du code Napoléon, le droit de requérir la séparation quant aux meublesse prescrit par trois ans ; cette prescription, au contraire, n'existe pas dans notre droit, les auteurs de notre code n'ayant trouvé aucune raison suffisante qui pût la justifier.

Il s'agit ici d'une novation *sui generis*. La novation proprement dite est l'*extinction* de la dette par une autre dette qui la remplace ; tous les accessoires de la première dette (hypothèques, gages, cautionnements) s'éteignent avec elle. Cette novation s'opère ou par le changement de l'objet dû, ou par la substitution soit d'un nouveau débiteur à l'ancien, soit d'un nouveau créancier au créancier originaire (art. 1169 et suiv.). Or, dans l'espèce, l'acceptation que le créancier héréditaire fait de l'héritier pour débiteur n'opère aucun changement dans la dette : l'objet dû et le créancier restent évidemment les mêmes ; la personne du débiteur n'est pas non plus changée, puisque l'héritier continue la personne de l'ancien débiteur. Le créancier qui a accepté l'héritier pour débiteur conserve donc son ancienne créance, avec tous ses accessoires, toutes ses garanties ; la novation résultant de l'acceptation qu'il a faite n'a d'autre effet que de lui faire perdre le droit de demander la séparation des patrimoines (*a*).

Il y a novation dans le sens de l'article 773, c'est-à-dire acceptation de l'héritier pour débiteur, toutes les fois que les créanciers héréditaires ont fait avec ou contre lui des actes qu'ils n'auraient pas pu faire avec ou contre un simple administrateur de la succession, c'est-à-dire avec un curateur à la succession vacante ou avec un héritier bénéficiaire.

Il n'y a donc pas novation lorsque les créanciers héréditaires, poursuivant l'héritier à l'effet d'obtenir ce qui leur est dû, ont soin de le traiter *comme simple administrateur de la succession.*

Et ce n'est pas non plus l'accepter pour débiteur que de lui accorder un terme pour payer : car le créancier aurait pu accorder le même avantage à tout autre administrateur de la succession, à un héritier bénéficiaire ou à un curateur.

Ajoutons que le premier alinéa de l'article 1990 caractérise la séparation de patrimoines en ces termes :

" Les créanciers et légataires qui ont droit à la séparation du patrimoine
" du défunt conservent à l'égard des créanciers de ses héritiers ou léga-
" gataires un droit de préférence et tous leurs privilèges sur les biens de
" la succession qui peuvent être affectés à leur créance."

(*a*) Je crois que c'est bien de cette novation *sui generis* qu'il s'agit dans notre article 743, bien que l'énonciation expresse de l'article 879 C. N., manque dans notre code. En effet, Pothier (*Successions*, ch. V, art. IV) dit que " cette séparation ne peut être demandée par les créan-
" ciers du défunt, lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avaient
" contre le défunt, en une créance contre son héritier, *en le prenant pour*
" *leur propre débiteur à la place du défunt ;* car, par là, ils cessent d'être
" créanciers du défunt et deviennent plutôt créanciers de l'héritier."

Il y a novation, au contraire, si le créancier stipule de l'héritier des garanties qu'un simple administrateur ne pourrait pas donner, un gage, une hypothèque, ou s'il fait saisir ses biens personnels. Il en est de même s'il réclame un dividende dans la distribution des deniers provenant de la vente de ces mêmes biens (1).

—Ainsi, demander la séparation des patrimoines et se prétendre créancier personnel de l'héritier, à l'effet d'être payé sur ses biens propres, sont deux idées incompatibles. Tirons-en cette formule : *Les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines refusent, par là même, l'héritier pour débiteur ; les créanciers qui l'acceptent pour débiteur renoncent, par là même, au droit de demander la séparation des patrimoines.*

Cette règle va nous donner la solution d'une question qui est controversée.

Les créanciers du défunt qui demandent la séparation des patrimoines ont-ils, d'une part, le droit d'être payés sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et, d'autre part, le droit de concourir, au marc le franc, sur ses biens propres, avec ses créanciers chirographaires ? La négative me paraît fondée. De deux choses l'une :

Demandent-ils la séparation des patrimoines : ils n'acceptent point l'héritier pour débiteur ; dès lors, à quel titre prétendraient-ils être payés sur ses biens personnels, en concours avec ses créanciers ? Les choses se passent comme si leur débiteur vivait encore.

Acceptent-ils l'héritier pour débiteur : ils renoncent, par là même, au bénéfice de la séparation des patrimoines, et, par suite, au droit de préférence qu'ils auraient pu acquérir sur les biens de la succession (2).

Autre question : Les créanciers qui ont demandé la séparation des patrimoines et qui n'ont pas été intégralement payés sur les biens du défunt peuvent-ils, pour ce qui leur est encore dû, saisir ce qui reste des biens propres de l'héritier, *après*

---

(1) Voy. M. Demol., t, 17, nos 155 et suiv. Comp. M. Laurent, t. 10, nos 41 et suiv. [[Pothier (*Successions*, ch. V, art. IV) enseigne que les créanciers ne sont pas censés avoir fait novation pour avoir fait assigner l'héritier à l'effet de faire déclarer contre lui leurs titres exécutoires.]]

(2) Voy., [[dit Mourlon,]] mon *Exam. crit. du Comm. de M. Troplong sur les privil.*, t. 2, no 302 ; Marc., art. 880 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, no 317]].—*Contra*, MM. Aubry et Rau, t. 6, § 619, pp. 499 et 500 ; Demol., t. 17, nos 218 et suiv. ; Laurent, t, 10, no 73.

l'acquittement de ses dettes personnelles ? J'admets sans hésiter l'affirmative. La séparation des patrimoines est une fiction dont l'effet est de faire considérer le débiteur décédé comme s'il vivait encore ; mais cette fiction n'existe que dans les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers personnels de l'héritier. Ce n'est pas, en effet, *contre l'héritier* que se demande la séparation des patrimoines : elle est demandée *contre ses créanciers* (art. 878 C. N.) (*a*). Le conflit s'engage donc entre deux classes de créanciers : l'héritier est en dehors de ce débat. Or, dès que le conflit cesse, et il cesse dès que l'une des deux classes de créanciers a été désintéressée, la fiction n'a plus de cause, le droit commun reprend son empire.

Ainsi, les créanciers du défunt peuvent agir sur les biens de l'héritier, après que ses créanciers personnels ont éte entièrement désintéressés, de la même manière que les créanciers personnels de l'héritier peuvent se faire payer sur les biens de la succession, après que les créanciers héréditaires ont été intégralement payés (1).

[[Devons-nous accueillir cette double solution ? Je crois que nous ne pouvons nous y refuser. Il est vrai que la plupart des auteurs modernes, en France, enseignent le contraire : voy. Sirey et Gilbert, sur l'article 878 C. N., nº 44. Mais la tradition de l'ancien droit a, chez nous, une force autrement grande qu'en France, et comme Mourlon le fait voir en sa note (1), l'ancien droit adoptait la solution qu'il professe. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Baudry-Lacantinerie (nº 317), cette solution est conforme aux règles de la plus vulgaire équité. Nous pouvons au surplus invoquer le secours d'une disposition qui n'existe pas dans le code Napoléon. Dans une situation absolument analogue, celle du concours entre les créanciers d'une société et ceux des associés individuellement, l'article 1899 porte que " les biens de la société doivent être

(1) Ce qui me confirme dans le système que je viens d'exposer sur l'une et l'autre question, c'est qu'il était suivi dans l'ancienne jurisprudence et qu'on ne trouve rien dans le code qui puisse donner à conclure qu'on s'en est écarté. M. Treilhard disait même, dans son *Exposé des motifs* au Conseil d'Etat, que les art. 878 et 880 C. N., n'étaient que la reproduction des anciennes pratiques. Voy. Pothier, *Des successions*, chap. 5, art. 4 ; *Introd. au titre 17 de la Cout. d'Orleans*, nº 129. Joignez Dem.. t. 3, nº 223, *bis*, II.

(*a*) L'art. 878 du code Napoléon dit en effet que les créanciers héréditaires peuvent demander, *contre tout créancier*, la séparation des patrimoines. Notre article 743 ne se sert pas de cette expression, mais il est clair que ce droit s'exerce contre les créanciers de l'héritier.

" employés au paiement des créanciers de la société de préfé-
" rence au créancier particulier de chaque associé ; et si ces
" biens se trouvent insuffisants pour cet objet, les biens parti-
" culiers de chacun des associés sont aussi affectés au paiement
" des dettes de la société, *mais seulement après le paiement*
" *des créanciers particuliers de tels associés séparément.*" Cet article crée une séparation de patrimoines, et si les créanciers individuels de l'associé priment, sur les biens particuliers de cet associé, les créanciers de la société, il doit en être de même des créanciers de l'héritier, lorsque les créanciers du défunt ont obtenu la séparation des patrimoines. On objectera que c'est là établir un privilège, sans texte exprès, en faveur des créanciers de l'héritier, mais cette objection, la seule qui me paraîtrait sérieuse, perd sa force quand on songe que ce privilège, si c'en est un, était formellement reconnu par l'ancien droit. Cela étant, le texte requis ne me semble pas manquer, car notre code n'a pas voulu innover à l'ancienne jurisprudence.

On ne peut s'autoriser pour rejeter cette solution, des termes de l'article 744 qui, après avoir dit que les créanciers de l'héritier ou légataire ne sont pas admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession, ajoute les mots " ni à exercer contre eux aucun droit de préférence," car le législateur parle du cas où la séparation des patrimoines n'a pas été demandée par les créanciers de la succession, hypothèse qui diffère de celle qui nous occupe.]]

On voit, d'après ce qui vient d'être dit, qu'il y a une différence bien marquée entre la séparation des patrimoines résultant du bénéfice d'inventaire et celle qui est demandée par les créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier pur et simple. Dans le premier cas, les créanciers du défunt ne peuvent point se faire payer sur les biens propres de l'héritier même après l'acquittement de ses dettes personnelles ; ils le peuvent dans le deuxième. Concluons de là que l'héritier a intérêt à accepter sous bénéfice d'inventaire, même au cas où la séparation des patrimoines a été demandée par les créanciers du défunt.

Mais la réciproque est-elle vraie ? Les créanciers du défunt ont-ils intérêt à demander de leur chef la séparation des patrimoines lorsque l'héritier a fait une acceptation sous bénéfice d'inventaire ? M. Blondeau admet la négative (1). La sépa-

---

(1) *Traité de la sépar. des patrim. Conf.* MM. Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 504, et la jurisprudence.—*Contrà*, M. Dem., t. 3, nº 222 *bis*, IV ;

ration des patrimoines née du bénéfice d'inventaire de même que celle qui résulte de la demande des créanciers du défunt, leur procure, dit-il, le droit d'être payés sur les biens de la succession par préférence aux créanciers personnels de l'héritier ; or, ce droit ne peut pas leur être enlevé par le fait de l'héritier (*a*). Dès lors, quel intérêt ont-ils à faire séparer ce qui l'est déjà ?

[[Remarquons, cependant, qu'on ne saurait répondre à cette question sans en résoudre une autre qu'elle présuppose. Il est évident que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire crée *ipso facto* une séparation de patrimoines, puisqu'elle isole le patrimoine de la succession de celui de l'héritier. Mais l'héritier peut renoncer au bénéfice d'inventaire pour se porter héritier pur et simple, et nous devons nous demander si cette renonciation de l'héritier aura l'effet de priver les créanciers héréditaires de la séparation de patrimoine qui résultait de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Mourlon, nous l'avons vu à l'alinéa qui précède, répond négativement à cette question sur l'autorité de M. Blondeau, et telle est également la solution de la plupart des auteurs : voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 878 C. N., nº 25. M. Baudry-Lacantinerie, nº 305, enseigne le contraire, en se basant sur le motif que l'effet ne doit pas survivre à la cause. Il me semble que cette dernière solution est la plus logique. L'héritier en acceptant sous bénéfice d'inventaire n'a eu en vue que son propre intérêt. Il est vrai qu'il résulte de cette acceptation la séparation de son patrimoine d'avec celui de la succession. Mais puisque la loi permet à l'héritier de mettre fin à cette situation qu'il a librement choisie, il semble que c'est là une éventualité que les créanciers héréditaires ont dû prévoir et, partant, qu'ils ont dû accepter d'avance toute l'incertitude qui en résultait. La question est plus délicate lorsque c'est à titre de peine ou de déchéance que l'héritier perd la qualité de bénéficiaire. En effet, la peine ou la déchéance est personnelle et on ne saurait

---

Marc., art. 878 ; Duc., Bonn. et Roust., même art. ; Demol., t. 15, nº 172 ; Laurent, t. 10, nºs 80 et suiv.—Voy. aussi, [[ajoute Mourlon,]] mon *Exam. crit. du Comm. de M. Troplong sur les priv.*, t. 2, nº 317 ; et, dans notre t. 3 (l'édition de Mourlon), le nº 1423.

(*a*) Mourlon renvoie ici à sa note (1) que j'ai reproduite, *supra*, p. 455, tout en faisant remarquer qu'il s'agit là de dispositions particulières du droit français. On verra plus loin que je n'adopte pas la doctrine qui rendrait l'option du bénéfice d'inventaire irrévocable à l'égard des créanciers héréditaires.

l'étendre au delà de la personne du coupable. Mais enfin, il n'en reste pas moins vrai que l'effet ne peut pas survivre à la cause, et notre droit—nous le verrons plus loin—n'admet la séparation des patrimoines que lorsque certaines formalités de publicité et d'enregistrement ont été remplies. Que l'on reconnaisse, en faveur des créanciers de la succession, tous les effets qui résultent de l'acceptation bénéficiaire, rien de mieux; mais quand cette situation a pris fin de la manière prévue par la loi, ce serait, me semble-t-il, méconnaître l'intention du législateur que de maintenir la séparation des patrimoines, qui n'était que l'effet de cette acceptation, alors que les créanciers n'ont accompli aucune des formalités prescrites pour l'obtenir. Je crois donc, tout en reconnaissant la gravité de la raison de douter qui résulte du nombre des suffrages contraires, que les créanciers ont intérêt à demander la séparation des patrimoines, même en face d'une acceptation bénéficiaire.]]

La séparation des patrimoines peut-être demandée :

1° Par les créanciers chirographaires, privilégiés ou hypothécaires du défunt, *pourvu qu'ils n'acceptent point l'héritier pour débiteur.*

On conçoit l'intérêt des créanciers chirographaires; mais quel est celui des créanciers privilégiés ou hypothécaires? Par leur privilège ou leur hypothèque n'ont-ils point déjà un droit de préférence? Je réponds [[que leur hypothèque ou privilège est nécessairement *spécial*]] et que le droit de préférence résultant de la séparation est toujours *général*, en ce sens qu'il porte sur tous les biens de la succession. [[D'ailleurs, quel que soit leur privilège et quand même ils auraient hypothèque sur tous les immeubles de la succession, il resterait encore les meubles qui ne sont pas susceptibles d'hypothèque. Ils pourraient du reste avoir intérêt à écarter un créancier privilégié de l'héritier :]] car, si les biens du défunt se confondaient avec ceux de l'héritiér, les créanciers personnels de ce dernier pourraient leur opposer un privilège préférable au leur ou à leur hypothèque.

2° Par les légataires particuliers; [[notre article 743 est formel en ce sens.]] Tout ce que j'ai dit des créanciers s'applique donc aux légataires.

Mais remarquons que la séparation, qui crée un droit de préférence au profit des créanciers et légataires du défunt contre les créanciers personnels de l'héritier, n'apporte aucune modification dans les relations existantes soit entre les créanciers du défunt, soit entre eux et les légataires. Les créanciers privilégiés sont payés avant les créanciers hypothécaires;

ceux-ci, avant les créanciers chirographaires, et selon l'ordre de leurs inscriptions ; les créanciers chirographaires sont payés en dernier lieu, et au marc le franc ; les légataires après tous les créanciers.

Lorsque l'un des créanciers accepte l'héritier pour débiteur, cet abandon qu'il fait du bénéfice ouvert à son profit n'apporte aucun obstacle à l'exercice du droit des autres ; mais, s'il ne doit point leur préjudicier, il est juste aussi qu'ils n'en bénéficient point : c'est un fait qui doit leur rester étranger. La séparation qu'ils demandent ne peut avoir d'autre effet que de leur assurer le dividende auquel ils auraient droit si leur débiteur vivait encore ; or, dès qu'on leur attribue ce dividende, la succession est quitte envers eux. Soient trois créanciers de 10,000 francs chacun, et une masse de 15,000 francs : si le débiteur vivait encore, chacun de ses créanciers recevrait 5,000 francs seulement. L'un d'eux renonce-t-il au bénéfice de la séparation des patrimoines : chacun des deux autres recevra intact son dividende tel qu'il vient d'être fixé, 5,000 francs. Quant au dividende de leur cocréancier, il sera versé à la masse des biens propres de l'héritier pour être distribué à ses créanciers personnels, y compris le créancier héréditaire qui a renoncé au bénéfice de la séparation (1).

II. Comment se demande la séparation des patrimoines ?—A Rome, la demande en séparation était formée contre *l'héritier lui-même ;* mais, comme l'héritier représente tous ses créanciers, la séparation produisait son effet contre eux.

Les créanciers du défunt s'adressaient au prêteur, qui, par un premier décret, les envoyait en possession de l'universalité des biens de la succession, avec pouvoir de l'administrer ; un deuxième décret les autorisait à l'aliéner, et l'acquéreur employait le prix d'acquisition à les désintéresser.

Ainsi, demande *unique* et *collective*, ordonnance d'un magistrat qui y fait droit, séparation complète et absolue des deux masses de biens au profit des créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier (2).

Quelle marche faut-il suivre aujourd'hui ? Contre qui la demande doit-elle formée ? Qui y fait droit ? Doit-elle comprendre la généralité des biens, ou peut-elle n'en comprendre que quelques-uns ?

---

(1) Comp. MM. Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 491 et suiv. ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 318.]]

(2) Ulpien, L. 1, § 1, D., *De separat.* (XLII, vi).

[[En France, on se demande s'il est nécessaire de recourir à une demande judiciaire pour obtenir la séparation des patrimoines, et quelques auteurs répondent que non : voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 878 C. N., nº 147. M. Baudry-Lacantinerie, nº 311, et avec lui plusieurs jurisconsultes (voy. Sirey et Gilbert, *loc. cit.*), sont d'avis contraire. Ils se fondent sur l'expression de l'article 878 du code Napoléon : " ils (les créanciers " du défunt) peuvent *demander*, contre tout créancier, la sépa- " tion du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier." On invoque également une expression analogue dans l'article 880 C. N. et l'autorité de Pothier (*Successions*, ch. V, art. IV), qui dit que les créanciers ont droit d'obtenir "*du juge*" la séparation des patrimoines. Cependant, on reconnaît généralement que la séparation peut être demandée par voie d'exception.

Notre article 743 ne parle pas de demande, il dit que les créanciers et légataires *ont droit* à cette séparation, et l'article 802, quant à la séparation que peuvent requérir les créanciers d'un donateur, est au même effet. Cependant, je ne crois pas que la séparation des patrimoines a lieu de plein droit ; il me paraît clair, au contraire, qu'elle doit être demandée le cas échéant, car elle constitue un état de choses exceptionnel, et, si le créancier héréditaire reste inactif, le tribunal appelé à distribuer le produit des biens de l'héritier, fera la distribution sans égard à l'origine des créances. La règle, c'est que le patrimoine de l'héritier pur et simple et celui de la succession ne font qu'un, et pour bénéficier de l'exception, il faut l'invoquer. Mais les intéressés pourront réclamer le bénéfice de cette exception par toute espèce de procédure, par exemple, par une opposition à une distribution, une contestation de collocation, etc. Ils peuvent l'exercer à l'égard de quelques-uns des héritiers seulement ou de certains biens de la succession. C'est ce qu'on décide en France : voy. M. Baudry-Lacantinerie, nº 311.

Mais il y a une formalité que le créancier doit remplir pour pouvoir exiger la séparation des patrimoines. L'article 2106, porte que " les créanciers et légataires qui demandent la sépa- " ration de patrimoine conservent la préférence sur les biens " de leur débiteur décédé, à l'encontre des créanciers des héri- " tiers ou représentants légaux de ce dernier, pouvu qu'ils " enregistrent dans les six mois du décès de leur débiteur les " droits qu'ils ont contre la succession." Et il ajoute que " cet enregistrement se fait au moyen d'un avis ou bordereau " énonçant la nature et le montant de leurs créances et dési-

" gnant les immeubles qui peuvent y être affectés " (*a*).

On peut comparer cet article à l'article 2111 du code Napoléon ; dans les deux articles, le premier alinéa est au même effet. Le deuxième alinéa de l'article 2111 va plus loin que notre article et dit qu'avant l'expiration des six mois, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentants du défunt, au préjudice de ses créanciers ou légataires. Cette dernière disposition manque dans notre droit, mais puisque notre article 2106 déclare que les créanciers et légataires qui demandent la séparation des patrimoines, *conservent la préférence* sur les biens de leur débiteur décédé, *à l'encontre des créanciers des héritiers*, en faisant l'enregistrement requis, la conséquence que l'article 2111 C. N. tire de cette disposition ne saurait être douteuse.

Il n'est pas nécessaire qne la séparation des patrimoines ait été demandée dans ce même délai de six mois. Pourvu que l'enregistrement ait été effectué dans ce délai, les créanciers pourront alors formuler cette demande quand leur intérêt l'exigera (*b*).

Dans la cause de *Pangman* v. *Pauzé* (12 R. L., p. 440), le juge Mathieu a affirmé le principe de l'article 2106, et dans celle de *Bachand* v. *Bisson* (12 R. L., p. 11), le juge Rainville a jugé que l'enregistrement, aux termes de cet article, n'est requis qu'à l'égard des immeubles, et qu'on ne saurait appliquer sa disposition aux meubles.]]

III. Sur quels biens s'exerce le droit de préférence résultant de la séparation des patrimoines ? — Ce droit s'applique :

1° Aux biens dont le défunt était propriétaire à son décès. Il faut comprendre dans ces biens la créance qu'il avait contre l'héritier : qu'on ne dise pas qu'elle s'est éteinte par confusion, car la séparation des patrimoines a précisément pour but d'empêcher cette confusion ;

2° A tous les fruits, civils ou naturels, échus ou perçus depuis le décès du *de cujus* et provenant des biens de la succession. La séparation des patrimoines, en effet, rétablit les choses dans l'état où elles seraient si le *de cujus* vivait encore ; or, s'il ne fût pas décédé, ces fruits eussent augmenté son patrimoine et, par suite, le gage de ses créanciers.

(*a*) On peut consulter, quant à la manière de préparer et d'enregistrer cet avis, la disposition de l'article 2147*a*.

(*b*) Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 3, n° 1180.

Les choses données par actes entre-vifs à ses héritiers ou à l'un d'eux, et qui sont soumises à rapport, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers ont droit de demander la séparation. Ces choses étaient, en effet, sorties irrévocablement du patrimoine du défunt. Ce n'est que par une fiction introduite dans l'intérêt de ses *héritiers* qu'elles sont réputées faire partie de la succession. Or ses créanciers ne peuvent pas se prévaloir d'une fiction qui n'a pas été faite pour eux (voy. l'art. 723).

IV. Quels sont les événements qui font perdre le droit de demander la séparation des patrimoines? — Ces événements sont : 1° la *renonciation* ; — 2° la *confusion* ou l'impossibilité matérielle de distinguer les biens du défunt de ceux de l'héritier ; 3° l'*aliénation* par l'héritier des biens de la succession, [[mais alors le créancier exerce son droit sur le prix d'aliénation, s'il est encore dû.]]

1° *Renonciation*. — Les créanciers peuvent renoncer au droit de demander la séparation des patrimoines : ils y renoncent soit expressément, soit tacitement, en acceptant l'héritier pour débiteur.

2° *Confusion* ou impossibilité matérielle de distinguer les biens du défunt de ceux de l'héritier. — Ce mode d'extinction est inapplicable quant aux immeubles, et quant aux meubles *incorporels* tels que des créances ou des rentes : car ces choses peuvent toujours être reconnues, distingués des biens de l'héritier : par leur nature même, elles échappent à toute confusion. Il n'en est pas de même des meubles corporels : ces biens, en effet, se mêlent facilement avec d'autres, et souvent la confusion est telle qu'il est impossible de la faire cesser.

Ainsi, le droit de séparation s'éteint, *quant aux meubles corporels*, toutes les fois qu'*en fait* il est impossible de les séparer, de les distinguer de ceux de l'héritier.

Les créanciers qui veulent le conserver doivent donc faire inventorier, énumérer et décrire individuellement les objets mobiliers qu'a laissés le défunt. [[Mourlon ajoute qu'ils]] peuvent même exiger que les meubles soient vendus, et que le prix en provenant, ainsi que les sommes trouvées dans la succession, soient déposés à la caisse des consignations, si mieux n'aime l'héritier donner caution que les valeurs comprises dans l'inventaire seront par lui représentées quand il en sera requis (art. 663, arg. d'anal.) (1).

(1) *Contrà*, M. Laurent, t. X, n° 19.

[[Il me semble que c'est là faire la loi et non l'interpréter. L'article 663 se limite au cas de l'acceptation bénéficiaire, et bien que cette acceptation produise une séparation de patrimoine, elle en diffère sous plusieurs rapports, ainsi que nous l'avons vu. L'héritier bénéficiaire n'est pas le débiteur des créanciers du défunt, il ne peut disposer à son gré des biens de l'hérédité, il n'en est que l'administrateur. Au contraire, malgré la séparation de patrimoines, l'héritier pur et simple reste propriétaire des biens de la succession et peut en disposer. On voit donc que les deux situations ne sont pas semblables et il faudrait, me semble-t-il, un texte exprès pour autoriser la solution de Mourlon (*a*).]]

3° *Aliénation des biens de la succession par l'héritier.*—Ce mode d'extinction s'applique aux meubles comme aux immeubles. [[Notre code, plus formel en cela que le code Napoléon, l'applique à tous les biens, sans distinguer les meubles des immeubles. Mais cette question ne souffre aucun doute même en France.]]

L'hypothèque constituée par l'héritier sur un immeuble de la succession n'empêche point les créanciers du défunt de demander la séparation des patrimoines quant à cet immeuble, et d'être payés, sur le prix en provenant, par préférence au créancier hypothécaire de l'héritier, [[pourvu, cependant, qu'ils aient enregistré, dans les six mois du décès de leur débiteur, les droits qu'ils ont contre sa succession, tel que pourvu à l'article 2106 (*b*).]] Ainsi, le droit de séparation, qui, du moins d'après le texte de l'article 743, n'est pas opposable aux tiers acquéreurs des biens de la succession, produit, au contraire, tout son effet contre les créanciers personnels de l'héritier,

(*a*) Voy., dans ce sens, M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, n° 4099, et les auteurs qu'il cite en note. On pourra consulter, sur cette question, la cause de *Viger & Robitaille*, *infra*, p. 610. Dans cette espèce, les créanciers, qui avaient demandé la séparation de patrimoines, ont été admis à s'opposer à la prise de possession, par des légataires particuliers, d'actions de banque qui leur avaient été léguées, la succession étant insolvable et la confusion de ces actions étant à craindre. Mais on a permis à ces légataires d'obtenir possession de ces objets, en donnant caution que les créanciers seraient payés de leur créance en capital, intérêts et frais. La cour d'appel ne cite aucun texte de loi dans son jugement, mais cet arrêt peut se justifier par le principe que les créanciers priment toujours les légataires.

(*b*). Voy. *supra*, p. 604.

auxquels ils ont été hypothéqués : c'est un droit de *préférence*, mais ce n'est pas un droit de *suite* (*a*).

Si le prix des [[biens (*b*)]] aliénés est encore dû, la créance du prix, étant une chose reconnaissable et distincte des biens de l'héritier, est subrogé à l'immeuble aliéné, [[comme le déclare formellement notre article 743, plus complet en cela que l'article 880 du code Napoléon,]] et la séparation peut en être demandée (*c*). — Si le prix a été payé, le droit de séparation est alors perdu, et quant à l'immeuble aliéné, et quant au prix en provenant. Les écus qu'a touchés l'héritier ne sont pas subrogés à l'immeuble. Ils se sont confondus dans sa caisse avec ses autres écus. Rien ne prouve d'ailleurs qu'il ne les a pas consommés, dissipés : les sommes dont il est actuellement propriétaire peuvent, en effet, provenir d'une autre source (1).

[[Il y a une autre cause qui fait perdre, en France, le droit de demander la séparation des patrimoines, la prescription (art. 880 C. N.), qui cependant ne s'applique qu'aux meubles. Notre code n'admettant pas cette prescription, le droit de demander la séparation existe tant que les biens de la succession, meubles et immeubles sont entre les mains de l'héritier.]]

En résumé :

1° Le bénéfice de séparation des patrimoines peut être demandé par les créanciers et par les légataires du défunt.

2° Demander la séparation, c'est, par là même, refuser d'accepter l'héritier pour débiteur. Accepter l'héritier pour débiteur, c'est, par là même, renoncer au droit de demander la séparation. D'où cette conséquence : les créanciers qui demandent la séparation ne sont point recevables à se faire payer, tout à la

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. 6, § 619, p. 482, note 34.

(*a*) Il est clair que le droit des créanciers est un droit de *préférence*. Est-ce aussi un droit de *privilège*, de sorte que le créancier qui a fait enregistrer son titre de créance, aurait un droit de suite qu'il pourrait exercer contre le tiers acquéreur de l'immeuble affecté par l'enregistrement ? M. Baudry-Lacantinerie (t. 3, n° 1182) se prononce pour la négative et il me semble que cette solution s'impose à la lecture des article 743 et 2106. Il y aura lieu de revenir sur cette question en expliquant ce dernier article.

(*b*) L'article 880 C. N. ne parle que des immeubles ; notre article est plus complet sous ce rapport.

(*c*) On décide en France que cette créance étant mobilière, la séparation doit en être demandée dans les trois ans, à cause de la prescription que l'article 880 C. N. accueille à l'égard des meubles. Cette prescription ayant été repoussée par notre code, la conséquence que l'on en déduit doit l'être également.

fois, sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et sur les biens de l'héritier, en concours avec ses créanciers personnels.

3° L'effet du bénéfice de séparation est donc de faire considérer comme vivant un débiteur décédé : ses créanciers sont payés sur les biens qu'il a laissés, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, et ceux-ci sur les biens propres de l'héritier, par préférence aux créanciers du défunt.

4° La séparation n'ayant d'effet qu'entre les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier, elle cesse dès que l'une des deux classes de créanciers est satisfaite. D'où cette autre conséquence : les créanciers du défunt peuvent, lorsque les biens de la succession n'ont pas suffi pour les payer intégralement, se venger sur les biens propres de l'héritier, après l'acquittement de ses dettes personnelles.

5° La séparation n'a aucun effet, soit entre les créanciers du défunt, soit entre eux et les légataires.

6° Les créanciers héréditaires la demandent, en l'opposant *par voie d'exception* (a) aux créanciers de l'héritier qui réclament un dividende sur les sommes provenant de la vente des biens de la succession.

7° Le droit de préférence qu'elle engendre s'exerce sur les biens dont le débiteur était propriétaire au moment de son décès, et sur les fruits échus ou perçus depuis l'ouverture de la succession. Les biens rapportés par ses héritiers figurent, non pas dans la masse des biens du défunt, mais dans celle des héritiers.

8° Le droit de la demander se perd : par la renonciation expresse ou tacite ; par la confusion des biens meubles du défunt avec ceux de l'héritier, lorsqu'elle *est telle* qu'il est impossible de les distinguer les uns des autres ; par l'aliénation des biens meubles ou immeubles faite par l'héritier [[lorsque le prix en a été payé.]]

J'aurai à revenir ailleurs sur cette question, car la séparation de patrimoines est admise dans notre droit en matière de donation (art. 802), de substitution (art. 966) et de société (art. 1899). Il en sera question en outre et d'une manière générale dans l'explication de l'article 2106.

Je puis, cependant, citer immédiatement quelques arrêts de nos tribunaux.

Dans la cause de *Matte & Laroche* (4 Q. L. R., p. 65), la cour

(a) Nous dirions ici : *opposition*.

d'appel a jugé que le droit à la séparation de patrimoines, dans le cas d'un seul immeuble légué, se trouve compris dans la demande en remise de cet immeuble.

Dans la cause de *Bachand* v. *Bisson* (12 R. L., p. 11), le juge Rainville a décidé que ce droit constitue un privilège (*a*), et qu'aucune demande judiciaire, soit principale, soit incidente, n'est nécessaire pour donner droit aux créanciers à cette séparation, leur privilège pouvant être exercé sur la distribution des deniers provenant de la succession du défunt, sans aucune action, mais simplement par opposition (*b*).

La cour d'appel a jugé, dans la cause de *Viger* & *Robitaille* (4 D. C. A., p. 372; 30 L. C. J., p. 143), que les créanciers d'un débiteur décédé, ayant le droit de demander la separation des biens composant le patrimoine du défunt, tant que ce patrimoine n'a pas été confondu avec celui des héritiers ou ayants droit, les légataires particuliers ne peuvent obtenir la disposition immédiate de leurs legs, lorsque les créanciers ont demandé cette séparation, qu'en désintéressant les créanciers ou en leur donnant caution suffisante qu'ils seront intégrale ment payés de leurs créances (*c*).

Enfin, dans une cause subséquente, *Archambault* v. *Viger* (18 R. L., p. 349), qui paraît se rattacher à la même succession le juge Mathieu a décidé que la séparation des patrimoines constitue un privilège sur tous les biens du défunt, mais qu'elle n'a pas l'effet d'empêcher le légataire universel, non plus que le légataire particulier d'une chose certaine et déterminée, d être mis en possession du legs. Cette décision semble être en conflit avec l'arrêt rapporté à l'alinéa qui précède, mais la cour d'appel paraît avoir reconnu le droit du légataire d'obtenir la possession de son legs, moyennant un cautionne-

(*a*) Voy., cependant, ma note (*a*) *supra*, p. 608.

(*b*) Un autre point jugé par cet arrêt est noté *supra*, p. 605.

(*c*) Le jugement de la cour de révision qui a été infirmé par la cour d'appel est rapporté M. L. R., 1 S. C., p. 409. Remarquons que le sommaire de la décision de la cour d'appel, tel que donné par le *Lower Canada Jurist*, dit que les créanciers peuvent, en demandant la séparation des patrimoines, empêcher les légataires particuliers de prendre possession de leurs legs, si ces legs consistent en effets négociables, par exemple des actions d'une banque, d'une confusion facile à opérer, et si l'insolvabilité de la succession est bien établie, et que, dans ce cas, il sera permis au légataire de prendre possession de ces actions en donnant caution que les créanciers seront désintéressés. En effet, c'était là un des motifs du jugement. Voy. *supra*, p. 607, note (*a*).

ment en faveur des créanciers qui avaient obtenu la séparation des patrimoines. Voy. ma note (*c*), *supra*, p. 610.]]

§ VIII.—*Des garanties que la loi donne aux créanciers personnels des héritiers* [[*comme à ceux de la succession.*]]

Lorsque c'est l'héritier qui est solvable et le *de cujus* insolvable, les créanciers personnels de l'héritier auraient intérêt à demander la séparation des patrimoines ; ils ne le peuvent point cependant (*a*). Cette différence entre les créanciers personnels de l'héritier et les créanciers du défunt a son explication.

La personne qui a des dettes n'est pas incapable d'en contracter de nouvelles. Ses créanciers, lorsqu'ils n'ont pas le soin de se faire donner des sûretés particulières, telles qu'un gage ou une hypothèque, se soumettent volontairement au risque de son insolvabilité. Or, c'est une dette nouvelle que leur débiteur contracte en acceptant la succession : ils doivent donc la subir comme ils subiraient toute autre dette. Ils n'ont pas le droit de se plaindre du préjudice qu'elle leur cause : car ils ont dû le prévoir et ils n'ont rien fait pour l'éviter. Quant aux créanciers héréditaires, ils n'ont suivi que la foi du défunt ; c'est en lui seulement qu'ils ont eu confiance : on ne peut donc point les forcer d'accepter pour débiteur l'héritier, avec lequel ils n'ont point traité.

Il est, au reste, bien entendu que, si l'héritier fait une acceptation pure et simple, *en fraude de ses créanciers*, ceux-ci peuvent attaquer cette acceptation et la faire rescinder dans leur intérêt, conformément au principe général de l'article 1032.

Les créanciers d'un copartageant [[et ceux de la succession,]] qui craignent que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, [[ont droit d'assister au partage s'ils le requièrent.

(*a*) C'est ce que l'article 744 dit en ces termes :

744. " Les créanciers de l'héritier ou du légataire ne sont pas admis à " demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la " succession, ni à exercer contre eux aucun droit de préférence."

L'article 881 du code Napoléon ne parle pas des créanciers du légataire et ne contient pas les mots par lesquels notre article se termine : " ni à " exercer contre eux aucun droit de préférence." Mais ces mots ne font que compléter la pensée du législateur et font voir qu'en l'absence d'une demande de séparation de patrimoines par les créanciers de la succession, ces derniers concourront avec les créanciers de l'héritier. Je puis ajouter que cette conséquence ne fait aucun doute en France.

C'est la disposition de l'article 745 qui est en ces termes :

745. " Les créanciers de la succession et ceux des copartageants ont droit d'assister au partage, s'ils le requièrent

" Si ce partage est fait en fraude de leur droits, ils peuvent " l'attaquer comme tout autre acte fait à leur préjudice."

Cet article diffère sous deux rapports de l'article 882 du code Napoléon : 1° Ce dernier article n'accorde le droit d'intervenir au partage qu'aux créanciers d'un copartageant, et on juge, en France, que les créanciers héréditaires n'y sont pas recevables (*a*); notre droit, au contraire, y admet les uns et les autres ; 2° l'article 882 porte que les créanciers de l'héritier ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée ; notre article, nous l'avons vu, dit que les créanciers héréditaires et personnels de l'héritier peuvent, si le partage est fait en fraude de leurs droits, l'attaquer comme tout autre acte fait à leur préjudice. Les codificateurs expliquent que notre article est conforme à l'ancien droit auquel le code Napoléon a innové (*b*).

Les créanciers héréditaires ont, règle générale, moins d'intérêt à attaquer le partage qui ne peut leur nuire. Les créanciers des copartageants, au contraire, doivent surveiller le partage qui bien souvent leur sera nuisible. Ils ont surtout à redouter la fraude.]]

Quelles fraudes sont donc à craindre ?—Elles sont de plusieurs sortes :

1° Les copartageants peuvent colluder, à l'effet d'attribuer à l'un d'eux, qui a des créanciers, un lot très faible, et un lot très fort à ceux qui n'en ont pas, sauf à rétablir entre eux l'égalité par des actes secrets.

2° Ils peuvent s'entendre à l'effet de mettre dans le lot de celui d'entre eux qui redoute l'action de ses créanciers, et qui veut s'y soustraire, des choses faciles à cacher, telles que des objets mobiliers, des sommes d'argent.

Les créanciers, présents au partage, préviennent ces fraudes en demandant que les lots soient faits conformément aux règles prescrites par les articles 702 et 703.

(*a*) Sirey et Gilbert sur l'art. 882 C. N., n° 1.

(*b*) Je dois cependant dire que bon nombre d'auteurs en France admettent qu'en cas de fraude, les créanciers même non opposants peuvent attaquer le partage, mais la question est controversée. Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 882, n°s 40 et suiv. Notre code ne fait qu'appliquer à ce cas les principes du droit commun (art. 1032).

3° L'un des héritiers a consenti une hypothèque sur un immeuble que lui a donné le défunt. Si le rapport a lieu *en moins prenant*, le créancier conservera l'hypothèque qui fait sa sûreté. [[Si, par suite d'un consentement des cohéritiers, le rapport se fait en nature, malgré l'existence de la charge qui affecte l'immeuble rapporté, ce rapport se fait, dit l'article 731, sans préjudice aux créanciers hypothécaires. Il semble donc que le créancier hypothécaire est sans intérêt dans ce cas, car sa garantie demeurera intacte, malgré le rapport de l'immeuble, tout comme si cet immeuble n'avait jamais été rapporté. Toutefois, cette garantie hypothécaire peut être de peu de valeur et alors l'intérêt du créancier lui conseillera de surveiller le partage.]]

4° L'un des héritiers a, pendant l'indivision, affecté par hypothèque un des immeubles de la succession au payement d'une dette qui lui est personnelle : si cet immeuble tombe dans son lot, l'hypothèque consentie par lui est valable ; elle est nulle dans le cas contraire (voy. l'art. 2021). Il est à craindre, par conséquent, que l'héritier qui l'a consentie ne s'entende avec ses cohéritiers à l'effet de mettre dans le lot de l'un d'eux l'immeuble hypothéqué. Le créancier préviendra cette fraude en exigeant que les lots soient tirés au sort.

[[C'est aux créanciers à prendre l'initiative de leur intervention au partage ; les copartageants ne sont pas tenus de les mettre en demeure d'y assister. Quant à l'annulation, en cas de fraude, du partage consommé, il n'y a qu'à appliquer les principes qui régissent l'action paulienne *mutandis mutatis*.]]

SECTION IV. — DES EFFETS DU PARTAGE ET DE LA GARANTIE DES LOTS (1).

§ I. — *Effet général.*

[[L'article 746 pose en ces termes le principe général qui domine cette matière.

746. " Chaque copartageant est censé avoir succédé seul et " immédiatement à toutes les choses comprises dans son lot, " ou à lui échues sur licitation et n'avoir jamais eu la pro- " priété des autres biens de la succession " (*a*).]]

---

(1) Voy., sur cette matière, [[dit Mourlon]], mon *Traité de la transcription*, au mot *Partage*. Voy. aussi, dans la *Revue pratique* (t. 45. p. 319 et suiv.), l'article de M. Gabriel Dayras intitulé *Transcription des partages.*

(*a*) C'est en substance la copie de l'article 883 du code Napoléon.

Le partage est, selon le droit romain, *translatif ;* selon le droit français, simplement *déclaratif* de propriété. Cette différence a besoin d'être expliquée.

En droit romain, le partage est un *échange* que font entre eux les copartageants ; chacun d'eux transfère à ses cohéritiers le droit qu'il avait sur les choses comprises dans leurs lots, et reçoit en échange, de chacun d'eux, le droit qu'ils avaient sur les biens qui lui sont attribués. Ainsi, le partage est pour chacun des copartageants tout à la fois un titre d'*acquisition* et un titre d'*aliénation*. Soient deux héritiers, *Primus* et *Secundus ;* et deux immeubles à partager, la maison A et la maison B ; la maison A est attribuée à *Primus*, et la maison B à *Secundus ;* chacun d'eux a conservé la fraction de propriété qu'il avait, comme héritier, sur l'immeuble à lui échu, et acquis la fraction qui appartenait à son copartageant. Ainsi, *Primus*, actuellement propriétaire exclusif de la maison A, la tient, pour une moitié, du chef du défunt, et, pour l'autre moitié, du chef de *Secundus ; Secundus*, actuellement propriétaire exclusif de la maison B, la tient, pour moitié, du chef du défunt, et, pour l'autre moitié, de *Primus*. Le partage est donc *translatif* de propriété, puisqu'il transporte à chacune des parties le droit qu'avait ses copartageants sur les objets qui composent son lot (1)

En droit français, le partage, à ne considérer que la réalité des choses, est aussi un véritable échange ; mais une fiction a été admise, dont le but est de faire considérer chaque cohéritier comme ayant succédé *seul* et *immédiatement* aux effets compris dans son lot. A ce point de vue, le partage n'est plus un échange : ce n'est ni un titre d'*acquisition*, ni un titre d'*aliénation*. Les héritiers n'acquièrent rien du chef de leurs copartageants ; chacun d'eux est réputé avoir toujours eu une propriété pleine et exclusive sur les objets que le partage lui attribue, et n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets compris dans le lot de ses cohéritiers. Ainsi, *Primus*, auquel a été attribuée la maison A, est censé en avoir reçu du défunt la propriété pleine, exclusive : son droit, il le tient *tout entier* du défunt ; son cohéritier *Secundus* ne lui en a transmis aucune portion. Dans ce système, le partage n'est que *déterminatif* ou *déclaratif* de propriété, puisqu'il n'a d'autre effet que de désigner, de déterminer les objets sur lesquels chaque

(1) *Cours élémentaire de droit romain*, par M. Demangeat, t. 2, p. 646, 3e édition.

héritier est réputé avoir eu *a priori*, du jour même de l'ouverture de la succession, une proprieté pleine et exclusive.

Quand elle a ainsi substitué la fiction à la réalité, la loi française a eu pour but d'assurer la paix des familles, en prévenant les recours d'héritier à héritier que faisait naître la théorie romaine. Je prend une espèce.

L'un des héritiers, *Primus*, a constitué, pendant que l'indivision durait encore, une hypothèque, une servitude réelle ou personnelle, sur l'un des immeubles de la succession, sur la maison A : selon le principe du droit romain, ces charges continuent de grever le droit indivis sur lequel *Primus* les a constituées, soit que la maison A tombe dans son lot, soit qu'elle tombe dans le lot de son cohéritier *Secundus*. Dans le premier cas, en effet, le droit sur lequel elle porte reste à celui qui les a constituées ; dans le second, il passe à *Secundus* tel que l'avait *Primus*, de qui il le tient. Chaque héritier était donc obligé de respecter les charges réelles que ses copartageants avaient constituées, sur le droit indivis qu'il tenait d'eux, d'acquitter, par conséquent, les dettes auxquelles avaient été hypothéquées les différentes fractions que le partage lui avait fait acquérir, ou de souffrir les droits de servitude dont elles avaient été grevées. De là des recours répétés d'héritier à héritier, des conflits entre les membres de la même famille, des procès fort dangereux. On sauvegardait l'intérêt des tiers, mais la sécurité des familles était anéantie.—Cette série de recours n'a plus lieu avec la fiction de l'article 746 : car, sous l'empire de ce nouveau principe, chaque copartageant reçoit les objets compris dans son lot dans l'état où ils étaient au moment même de l'ouverture de la succession, tels qu'ils étaient, en un mot, dans les mains du *de cujus* au moment de sa mort ; c'est en effet de lui seul qu'il les tient. Toutes les charges réelles dont ils ont été grevés du chef des copartageants pendant l'indivision sont nulles, puisque ceux qui les ont consenties sont réputés n'avoir jamais eu sur eux aucun droit de propriété. La sécurité des partages se trouve ainsi assurée ; on évite des recours successifs, on ferme la porte aux procès (1).

Les hypothèques ou servitudes constituées par l'un des

---

(1) Sur l'origine de la règle, *le partage est déclaratif*, voy. M. Demol., t. 17, n[os] 255 et suiv. ; MM. Aubry et Rau, t. 6, § 625, note 1 ; M. Laurent, t. 10, n° 396. [[Comme le fait observer M. Baudry-Lacantinerie, n° 326, cette règle a été imaginée par les anciens légistes, afin d'empêcher les seigneurs de réclamer un droit de mutation sur le partage.]]

héritiers sur un immeuble de la succession sont-elles ou non valables ? Cette question ne peut pas être résolue *a priori* ; c'est le résultat du partage qui en décide. L'immeuble grevé de ces charges tombe-t-il dans le lot de celui qui ne les a pas consenties : elles sont nulles, car elles ont été constituées *a non domino*. Échoit-il à celui qui les a établies : elles sont valables alors, puisqu'elles émanent d'un véritable propriétaire. [[C'est la décision formelle de l'article 2021. Voy. aussi l'art. 2043.]]

Mais, dans cette dernière hypothèse, frappent-elles sur l'immeuble entier, ou seulement sur la fraction qui, au moment où elles ont été constituées, appartenait à l'héritier duquel elles émanent ? Tout dépend de l'intention des parties : ces charges, en effet, ont toute l'étendue, et ne peuvent avoir que l'étendue qui leur a été donnée par les contractants (1). [[Il me semble,

---

(1) Marc., sur l'art. 883, n° 415 ; M. Dem., t. 17, n° 321 ; M. Laurent, t. 10, n° 404.

—L'un des héritiers, *Primus*, vend à un étranger, à Paul, le droit indivis qu'il a sur l'un des immeubles de la succession, sur la maison A : l'efficacité de cette aliénation dépend-elle du résultat du partage ? Pourquoi non ? L'article 746 distingue-t-il donc entre le cas où l'un des héritiers constitue un droit d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque sur son droit indivis, et le cas où il aliène ce droit ? Quelques personnes cependant soutiennent que cette aliénation est valable *a priori*. L'article 746, disent-elles, n'a trait qu'aux objets qui sont compris dans le partage que les héritiers font entre eux ; or, *Primus* a cessé d'être dans l'indivision avec ses cohéritiers, *quant à la maison* A. Paul a succédé à son droit indivis : l'indivision existant entre Paul et les cohéritiers de *Primus*, c'est entre eux que se fera le partage, quant à la maison A."—Ce raisonnement n'est qu'une pétition de principe. On affirme que l'aliénation est valable, que Paul a succédé au droit indivis de *Primus* et c'est précisément ce qui est à prouver ! Ce qui montre bien le vice de ce raisonnement, c'est que, s'il était juste, l'article 746 ne recevrait jamais son application. Je suppose que *Primus* a constitué, au profit de Paul, un droit d'usufruit sur la fraction qu'il a dans la maison A : ne pourrait-on pas dire alors que la maison A n'est plus, *quant à l'usufruit*, dans l'indivision entre *Primus* et ses cohéritiers ; qu'en ce qui touche l'*usufruit*, l'indivision existe entre Paul et les cohéritiers de *Primus*, et que c'est entre eux, par conséquent, que le partage, quant à la jouissance de la maison A, doit être fait ? Personne cependant n'ose aller jusque là ! Or, ce qui est vrai de l'aliénation partielle est également vrai de l'aliénation intégrale : car, je le répète, l'article 746 ne distingue pas. Tant que dure l'indivision, chaque héritier a, sur les biens de la succession, un droit indéterminé. Le partage indique ceux dont il a toujours eu une propriété exclusive et ceux sur lesquels il n'a jamais eu aucun droit. Tous les actes faits par l'un des héritiers sur les biens de la succession sont dès lors subordonnés, quant à leur validité, au résultat du partage. MM. Val. ; Dem., t. 3, n° 225 *bis*, V ; Aubry et Rau, t. 6, § 625, p. 561 ; Demol., t. 17, n°s 306 et 307 ; Laurent, t. 10, n° 405 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 327.]]

cependant, que notre article 2043 ferait maintenir l'hypothèque sur l'immeuble entier, sauf, bien entendu, à consulter le titre de constitution.]]

Ce qui vient d'être dit des objets que le partage attribue à l'un des héritiers s'applique également à ceux qui lui sont échus par *licitation :* l'article 746 le dit expressément. C'est une conséquence naturelle et nécessaire du principe que la licitation n'est entre héritiers, au moins quand c'est l'un d'eux qui se porte adjudicataire, qu'une opération préparatoire du partage.

Mais que décider si c'est un tiers [[étranger à l'indivision (*a*)]] qui s'est porté adjudicataire de l'immeuble licité ? Faut-il, même dans cette hypothèse, appliquer l'article 746 ?—L'intérêt de la question est facile à comprendre.—La résout-on affirmativement : les charges réelles constituées pendant l'indivision par l'un des héritiers sont nulles et sans effet. La résout-on négativement : l'adjudicataire est tenu de les respecter jusqu'à concurrence de la fraction qu'avait dans l'immeuble licité l'héritier qui les a constituées.

La négative est généralement admise. Lorsque l'immeuble est adjugé à un tiers étranger à la succession, la licitation n'étant alors qu'une *vente* consentie par la masse des héritiers à l'adjudicataire, les principes de la *vente* doivent recevoir leur application ordinaire ; or, il est de principe que l'acheteur d'un immeuble le prend avec toutes les charges dont a été grevée la portion qu'avait dans l'immeuble vendu celui des copropriétaires qui les a constituées.

Cette distinction entre le cas où l'immeuble est adjugé à un étranger et le cas où il est adjugé à l'un des héritiers est d'ailleurs implicitement écrite dans l'article 746 lui-même, puisqu'il n'y est question que des immeubles échus par licitation *à l'un des héritiers.*

Ce système est conforme au texte de la loi, [[observe Mourlon.]] Mais est-il conforme à son esprit ? Evidemment, non ! Qu'a-t-elle voulu, en effet ? Faciliter la cessation de l'indivision, assurer la tranquillité des familles en assurant la stabilité des partages ! C'est dans ce but qu'elle annule tout acte qui pourrait l'entraver ou faire naître des recours d'héritier à héritier. Or, si l'adjudicataire étranger est obligé de respecter les charges qui ont été constituées par l'un des héritiers sur la

(*a*) Je crois qu'il faut ainsi préciser l'espèce. Voy. M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, nº 4310.

fraction qu'il avait dans l'immeuble licité, le partage pourra être entravé, des recours entre héritiers pourront avoir lieu, la tranquillité de la famille ne sera pas assurée. Les tiers qui connaîtront l'existence de ces charges s'abstiendront, en effet, de se porter adjudicataires, ou n'offriront qu'un moindre prix : l'adjudication ne se fera pas ou se fera mal. De là une entrave au partage ! Si la licitation a lieu, les évictions que subira l'adjudicataire feront naître à son profit un recours en garantie contre son vendeur, c'est-à-dire contre la masse des cohéritiers. Ceux-ci recourront alors contre celui d'entre eux qui les aura, par son fait personnel, exposés à ce recours. De là peut-être des procès entre les membres de la même famille !

Dès lors, quelle raison y a-t-il de distinguer entre le cas où l'adjudicataire est un étranger et celui où l'immeuble a été adjugé à l'un des héritiers ? Je sais bien qu'à l'égard de l'adjudicataire étranger la licitation ne peut pas être considérée comme un partage ; qu'elle n'est, quant à lui, qu'une véritable *vente*. Mais cette vente, à quel titre a-t-elle été consentie par les héritiers ? N'est ce pas dans le but de préparer, de faciliter le partage ? Elle a donc, *quant à eux*, les caractères d'une opération de partage ; et, si c'est un acte de partage, pourquoi ne pas lui en attribuer les effets (1) ?

[[Je crois, cependant, que nous devons adopter le sentiment de la majorité des auteurs. L'article 746 établit une *fiction* ; or, l'interprétation restrictive est de règle lorsqu'il s'agit de fictions. D'après le texte de cet article, cette fiction ne s'applique que lorsque la chose est échue au *copartageant*. Si cette chose a été adjugée à un tiers, nous nous trouvons en dehors de la règle (*a*).

M. Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil*, t. 2, nº 325) qui fait cette observation, ajoute que, jusqu'à ces années dernières, une jurisprudence constante, en France, repoussait cette solution, lorsque le prix de la licitation était attribué pour la totalité, par le partage, à un ou plusieurs cohéritiers autres que celui qui avait constitué l'hypothèque. On en

(1) M. Val.—*Contra*, MM. Dur., t. 7, nº 520 ; Dem., t. 3, nº 225 *bis*, 4 ; Aubry et Rau, t. 6, § 625, p. 564 ; Demolombe, t. 17, nº 272 ; Laurent, t. 10, nº 399. [[M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, nºs 4310 et suiv.]]

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, nº 4310, dit que l'ancien droit considérait la licitation prononcée au profit d'un étranger comme une vente passible des lods et ventes. Voy. les autorités qu'il cite en note.

donnait deux raisons : 1° En droit, le cohéritier auquel la totalité du prix a été attribuée par le partage, doit être considéré comme seul vendeur de l'immeuble et par suite, comme seul propriétaire de cet immeuble au moment de la vente et depuis l'ouverture de la succession ; donc, l'hypothèque seule qu'il a consentie doit grever l'immeuble ; 2° en équité, est-il juste que les hypothèques établies du chef de l'héritier auquel aucune partie du prix de licitation n'est échue au partage, puissent grever l'immeuble entre les mains de l'adjudicataire, au grand préjudice de ses cohéritiers auxquels ce prix a été attribué en totalité ? Cependant, tout dernièrement, par un arrêt du 14 décembre 1887, Sirey 1889. 1. 193 ; Dalloz, 1888. 1. 385, la cour de cassation a jugé qu'il faut appliquer les principes de la vente toutes les fois que l'adjudication est faite au profit d'un étranger, et, partant, qu'il y a lieu de maintenir les hypothèques consenties même par l'héritier auquel aucune partie du prix d'adjudication n'a été attribuée. Les cours d'appel, ajoute M. Baudry-Lacantinerie, semblent vouloir résister : Toulouse, 30 juillet 1888 (Sirey, 1889. 2. 99 ; Dalloz, 1889. 2. 25); Dijon, 20 mars 1889 (Sirey, 1889. 2. 179) (*a*).

Il me semble que cette distinction est arbitraire, et que le dernier arrêt de la cour de cassation, jugeant que l'article 883 C. N. (notre article 746) doit être appliqué à la lettre, est conforme aux principes du droit.

M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, n° 4309, enseigne que l'effet déclaratif est attaché aux partages passés entre des cohéritiers et un tiers cessionnaire des droits d'un autre cohéritier, ainsi qu'à la licitation prononcée au profit de ce cessionnaire. Il fait voir, en note, que c'est là l'opinion de la plupart des auteurs. Tel ne serait pas l'effet d'une cession de droits successifs ou licitation faite au profit d'un copartageant et d'un tiers, à moins que la licitation ne se fasse par portions distinctes, et alors l'effet déclaratif se limitera à la portion du copartageant (*id.*, n°s 4313, 4314).]]

Le principe que le partage est, non pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de propriété, est-il applicable aux choses *incorporelles*, par exemple aux *créances* ?

Soient une créance de 1,000 francs, et deux héritiers pour égales portions, *Primus* et *Secundus* ; cette créance a été comprise, pour le tout, dans l'un des lots : le partage est-il,

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, n° 4311, cite cette jurisprudence sans reproduire le passage que j'ai analysé.

quant à cette créance, *déclaratif* ou *translatif* de propriété ? *Primus*, dans le lot duquel elle a été mise, est-il censé avoir toujours eu, c'est-à-dire du jour de l'ouverture de la succession, la propriété exclusive de cette créance ? Est-il censé la tenir *tout entière* du défunt ? La tient-il, au contraire, pour une moitié, du chef du défunt, et, pour l'autre moitié, du chef de son cohéritier *Secundus ?* En d'autres termes, l'opération intervenue entre les deux héritiers est-elle un *partage* ou une *cession ?*

Plusieurs questions dépendent de la solution de celle-ci.

Si *Primus*, qui a dans son lot la créance entière, est un véritable *cessionnaire* de la part de créance qui appartenait à *Secundus*, le partage ne lui transfère sur cette part qu'une propriété *relative* : il n'en est saisi, *à l'égard des tiers*, qu'à partir du moment où il a obtenu, du débiteur cédé, une acceptation de la cession, ou du moment qu'il la lui a fait [[signifier par la remise d'une copie de cette cession (art. 1571) (*a*) ;]] jusqu'à l'accomplissement de l'une ou de l'autre de ces formalités, la portion de créance qui appartenait au cédant reste sur sa tête. De là plusieurs conséquences : 1° le payement fait par le débiteur entre les mains de *Secundus* (le cédant) est opposable à *Primus* (le cessionnaire) ; — 2° si le débiteur est ou s'il devient, même dans le partage, créancier de *Secundus*, la compensation qu'il pourrait opposer à celui-ci est également opposable à son ayant cause, à *Primus* (art. 1187) ; — 3° la cession que *Secundus* fait à un tiers de la fraction qui lui appartient encore dans la créance est valable à l'égard de *Primus*, si le second cessionnaire accomplit, avant lui, l'une des formalités prescrites par les articles 1571 et suivants ; — 4° les créanciers de *Secundus* peuvent valablement frapper de saisie-arrêt la fraction de créance dont il reste saisi, tant que *Primus* ne s'est pas mis en règle (voy., sur ces différents points, l'explic. de l'art. 1571).

Aucune de ces conséquences, au contraire, n'est possible si l'opération intervenue entre *Primus* et *Secundus* est un *partage* régi par le principe de l'article 746. Alors, en effet, la créance est réputée n'avoir jamais appartenu à *Secundus ; Primus* en a eu la propriété exclusive dès l'ouverture de la succession.

(*a*) Remarquons cependant qu'un autre mode de signification, lorsque le débiteur a quitté la province, ou dans le cas de la vente d'une universalité de créances, est pourvu aux articles 1571*a* et suivants.

Résolvant la question, [[Mourlon dit]] que l'article 746 n'est et ne peut être applicable qu'aux objets susceptibles de faire la matière d'un *partage*, c'est-à-dire qu'aux objets qui sont *dans l'indivision*. Or, les créances laissées par le défunt ne sont pas *dans l'indivision :* car la loi, *les divisant* A PRIORI, les partage elle-même entre les héritiers : chacun d'eux reçoit une fraction de chacune d'elles (art 1122) (*a*).

Mais, dit-on, il résulte des termes de l'article 703 que les créances laissées par le défunt peuvent être comprises dans le partage : l'article 746 leur est donc applicable, puisqu'il régit tous les biens que les héritiers ont partagé entre eux ! — Je réponds que l'article 703 est étranger aux *effets* du partage : il a uniquement pour but d'indiquer la manière dont les lots doivent être faits. Il n'est pas toujours facile de composer des lots parfaitement égaux, car les biens indivis sont rarement de même valeur ; l'article 703 indique le moyen à suivre pour triompher de cet obstacle : il veut qu'on mette, avec les biens qui valent le moins, une créance intégrale qui efface l'inégalité. Soient deux héritiers, une créance de 3,000 francs, et deux immeubles dont l'un vaut 20,000 francs et l'autre 17,000 : si la créance de 3,000 francs est comprise dans le lot où figure l'immeuble de 17,000 francs, l'égalité se trouvera ainsi rétablie. Mais la convention par laquelle les héritiers sont convenus que la créance entière appartiendra à l'un d'eux n'est pas, quant à cette créance, un *partage*, puisque cette créance n'était pas dans l'indivision ; c'est une *cession* que l'un d'eux fait à l'autre, *à titre d'indemnité*. La portion de créance qu'il lui abandonne est une soulte qu'il paye ; peu importe qu'il la paye avec la fraction de créance que le défunt lui a transmise et qui déjà est entrée dans son patrimoine, ou avec tout autre bien (1).

(*a*) Il faut toutefois observer qu'il y a, entre notre article 1122 et l'article 1220 du code Napoléon, une différence de rédaction qui peut affecter quelque peu l'argumentation que l'on voudrait en tirer. L'article 1220 parle des parts de la créance dont les héritiers du créanciers sont *saisis* ; notre article 1122, au contraire, dit : " leurs parts respectives comme représentant le créancier ou le débiteur." Mais l'effet des deux dispositions est bien de diviser la créance parmi les héritiers du créancier. A première vue, notre article 1122, parlant des *héritiers* ou *représentants légaux*, semble avoir une plus grande portée que l'article 1220 C. N., qui ne mentionne que les *héritiers* ; mais cette différence n'est qu'apparente, en effet, les deux expressions indiquent une personne qui représente le défunt.

(1) MM. Dur., t, 7, nos 163, 429 et 519 ; Val. ; Dem., t. 3, no 225 *bis*, VII.—On décide, dans un système intermédiaire, que l'article 746 régit

[[M. Baudry-Lacantinerie (n° 329) (*a*) se prononce pour l'application, dans le cas des créances, du principe de l'article 746. Il décide donc que l'héritier qui recevrait une créance dans son lot sera censé avoir seul succédé au défunt pour cette créance et pourra désormais en exiger le paiement intégral. Le paiement que ferait le débiteur entre les mains des autres héritiers ne le libérerait pas, sauf peut-être l'application de l'article 1145, s'il avait payé de bonne foi et dans l'ignorance du partage. Cependant, ajoute-t-il, les paiements faits avant le partage, conformément à l'article 1220 C. N. (notre article 1122), seraient libératoires, et il faudrait en dire autant des droits acquis à des tiers, par application de cet article, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession au partage, notamment des compensations acquises au profit des débiteurs héréditaires qui étaient eux-mêmes créanciers des héritiers. M. Baudry-Lacantinerie adopte donc l'opinion intermédiaire(*b*).

La difficulté à admettre, dans ce cas, l'application de l'article 746, résulte du fait que l'article 1122 divise indubitablement les créances parmi les héritiers du créancier, indépendamment de tout partage, et c'est ce que la cour supérieure a jugé dans les causes de *McVey* v. *McVey* (19 R. L., p. 136, Cimon, J.) et de *Baxter* v. *Robb* (19 R. L., p. 357, Wurtele, J.). Donc, après la mort du créancier et avant tout partage, tout héritier du créancier peut forcer le débiteur de lui payer sa part de la

---

les créances héréditaires, en ce sens que l'héritier dans le lot duquel elles ont été placées est censé en avoir été *seul* saisi *ab initio*, de telle sorte qu'on ne peut désormais lui opposer, du chef de ses cohéritiers, aucun payement, aucune compensation, aucune cession, aucune saisie-arrêt, dont l'effet libératoire ou translatif n'a pas été *définitivement accompli avant le partage*. Les mêmes actes échappent, quand ils ont acquis leur perfection avant le partage, à son effet rétroactif (Marc., art. 883 ; Aubry et Rau, 3e édition, t. 5, § 635 ; Demol., t. 17, nos 292 et suiv. ; Laurent, t. 11, nos 49 et suiv.).—Dans leur dernière édition (t. 6, § 635 p. 663), MM. Aubry et Rau décident que " la cession passée par un des héritiers de sa part dans une créance héréditaire, ou les saisies-arrêts dont ses créanciers personnels auraient frappé cette part, restent sans effet lorsque, par le partage, la créance est exclusivement attribuée à un ou à plusieurs de ses cohéritiers, *et ce, dans le cas même où le partage n'est intervenu qu'après la signification de la cession au debiteur, ou après un jugement ordonnant à ce dernier de verser la part correspondante de sa dette entre les mains des saisissants.*"

(*a*) Et *Successions*, t. 3, nos 4287 et suiv.

(*b*) Voy. l'analyse que font des opinions et des arrêts sur cette question controversée, Sirey et Gilbert sur l'art. 883 C. N., nos 1 et suiv., et M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, n° 4288.

créance. S'il en est ainsi—et on ne peut en douter—le partage ne saurait anéantir rétroactivement cette propriété, car son effet rétroactif se limite aux biens qui étaient indivis parmi les cohéritiers (*a*). Donc le partage qui met une créance dans le lot d'un des copartageants est *translatif* et non *déclaratif* de propriété, puisque cette créance s'était, dès l'instant du décès du *de cujus*, divisée parmi ses héritiers et que chacun d'eux s'était trouvé propriétaire de sa part. Il y a là, par conséquent, une véritable cession consentie par chacun des copartageants en faveur de celui d'entre eux auquel la créance est attribuée. On invoque l'article 703 (l'art. 832 du code Napoléon) et M. Baudry-Lacantinerie trouve ce texte décisif. Mais je crois avec Mourlon que cet article—qui dit qu'il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de *créances* de même nature et valeur—est étranger aux effets du partage. C'est un moyen que la loi indique pour assurer l'égalité du partage, et ce moyen ne diffère pas en principe de l'autre moyen que prescrit par l'article 704 en disant que l'inégalité des lots en nature, lorsqu'elle ne peut être évitée, se compense par un retour soit en rente soit en argent. Le système contraire est obligé de supposer l'héritier propriétaire de sa quote-part de la dette jusqu'au partage, aux fins de valider les poursuites, saisies, etc, qu'il fait où les paiements qu'on verse entre ses mains (M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, nos 4289 et 4290), et après le partage, si la créance ne lui écheoit pas, ce système présume que l'héritier n'en a jamais été propriétaire. Il me semble qu'il y a là deux présomptions inconciliables. Du reste, notre article 747, qui n'existe pas textuellement dans le code Napoléon (*b*), me paraît bien autrement décisif que l'article 703. Il dit que tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers et légataires, est réputé partage. Il en résulte que le partage ne produit un effet rétroactif que quant aux biens qui sont dans l'indivision, ce qui n'est pas le cas des créances. J'adopte donc, surtout en vue de l'article 747, la solution de Mourlon (*c*).

(*a*) C'est la conclusion qui s'impose à la lecture de l'article 747.

(*b*) La définition que donne notre article est cependant énoncée à l'art. 888 C. N.

(*c*) Cette question n'a pas, que je sache, été jugée par nos tribunaux. Dans la cause d'*Ayotte & Boucher* (3 D. C. A., p. 123, voy. p. 135 du rapport), feu le juge en chef, sir A. A. Dorion, parlant d'une créance d'une société qui avait été transportée à l'un des associés par l'autre

Je ne puis citer qu'un seul arrêt qui porte directement sur la disposition de l'article 746 ; c'est celui qui a été rendu par le juge Loranger, dans la cause de *Girard* v. *Rousseau* (M. L. R., 3 S. C., p. 293), à l'effet que l'article 746 ne s'applique pas au partage des biens d'une société commerciale, lequel ne rétroagit que jusqu'au jour de la dissolution de la société (*a*).

§ II. — *Quels actes sont réputés partage.*

Notre article 747 répond à cette question en ces termes :

747. "Tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision "entre cohéritiers et légataires est réputé partage, encore qu'il "soit qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute "autre matière (*b*)."

Cet article n'existe pas textuellement dans le code Napoléon, mais la définition qu'il donne du partage est énoncée à l'article 888 du code Napoléon, qui porte que l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de tout autre manière. Il n'y a donc, sous ce rapport, aucune différence entre notre droit et le droit français moderne.

Dans la cause de *Dufort* v. *Chicoine* (31 L. C. J., p. 112 et M. L. R., 3 S. C., p. 211), le juge Mathieu a jugé que dans le cas où un père possède par indivis avec ses enfants des immeubles dont il est propriétaire pour moitié et les enfants pour l'autre moitié, comme représentant leur mère, la licitation

---

associé, disait que personne n'oserait prétendre que, si on avait fait un partage et que cette créance fût échue au lot du cessionnaire, il aurait fallu signifier ce partage avant de porter l'action. J'avoue qu'en face de cette expression d'opinion, je n'énonce mon avis qu'avec beaucoup d'hésitation, mais l'espèce qu'envisageait l'éminent magistrat n'est pas la même que celle qui nous occupe, et les motifs que j'expose, et que le lecteur appréciera, me paraissent assez graves pour m'obliger d'adopter la solution contraire. Voy., au surplus, Pothier, *Société*, n° 172 (éd. Bugnet, t. 4, p. 303).

(*a*) Voy., quant au partage des biens des sociétés, l'article 1898.

(*b*) L'édition officielle du code que je suis toujours, dit "*matière*" ; le projet du code (art. 149) et l'article 888 du code Napoléon (édition de Sirey et Gilbert) remplacent ce mot par "*manière*." Il s'est probablement glissé une erreur typographique, sans aucune conséquence d'ailleurs, dans l'édition officielle, d'autant plus que la version anglaise de cet article dit "*any other name*."

volontaire, autorisée par justice en ce qui regarde les mineurs, est un véritable partage et en a tous les effets (*a*).

Cependant, dans la cause de *Varin* v. *Guérin* (R. J. Q., 3 C. S., p. 30), la cour de révision a décidé que la vente par un copropriétaire par indivis, à son copropriétaire, de sa part indivise, n'a pas les effets du partage et, partant, que l'hypothèque consentie par le vendeur continue de grever la part vendue, malgré cette vente (*b*).

Enfin, je puis indiquer un arrêt rendu par le juge Bourgeois dans une cause de *La cité des Trois-Rivières* v. *Reburn* (1 R. de J., p. 339), où le principe de l'article 447 a été appliqué à une vente entre cohéritiers.]]

§ III.—*De l'obligation de garantie dont est tenu chaque héritier envers ses copartageants.*

I.—Du fondement de cette obligation.—La loi veut que les lots soient faits conformément au principe d'égalité absolue ou relative qui est la base du système successoral (art. 702 et suiv.). De là naît, pour chaque copartageant, l'obligation de rétablir l'égalité *lorsqu'elle n'existe qu'en apparence;* de là l'obligation d'indemniser celui qui, par suite d'un événement *dont la cause est préexistante au partage*, se trouve évincé des objets ou de quelques-uns des objets qui composent son lot. [[C'est ce que l'article 748 décrète en ces termes :

748. " Les copartageants demeurent respectivement garants " les uns envers les autres des troubles et évictions qui pro- " cèdent d'une cause antérieure au partage.

" La garantie n'a pas lieu si l'espèce d'éviction soufferte se " trouve exceptée par quelque disposition de l'acte de partage; " elle cesse si c'est par sa faute que le copartageant souffre " l'éviction" (*c*).]]

(*a*) Voy. aussi la cause de *Monette* v. *Molleur*, *supra*, p. 487.

(*b*) Le jugement de la cour de révision n'indique pas le motif sur lequel elle a basé sa décision.

(*c*) Le premier alinéa de cet article est la copie textuelle (sauf la substitution du mot *copartageants* au mot *cohéritiers*) du premier alinéa de l'article 884 du code Napoléon. Le deuxième alinéa n'est pas une reproduction textuelle de l'alinéa correspondant de l'article 884, mais il est au même effet, si ce n'est que l'article 884 exige que l'exception soit stipulée "*par une clause particulière et expresse*," tandis que notre article se contente de *quelque disposition* de l'acte de partage. Je ne crois pas, cependant, que les codificateurs aient voulu consacrer une règle différente,

II.—Des troubles et évictions dont les copartageants sont garants.— Les copartageants ne sont responsables entre eux que des troubles et évictions qui procèdent d'une cause *antérieure* au partage (*a*). Quant à ceux dont la cause est *postérieure*, ils n'en répondent point, car ces troubles et évictions n'empêchent point que l'égalité n'ait existé au moment du partage.

Un immeuble qui n'appartenait pas au *de cujus* a été compris dans le partage et attribué à l'un de ses héritiers; un tiers le revendique et triomphe ;—le *de cujus* avait acheté un immeuble que son vendeur avait affecté par hypothèque au payement de l'un de ses créanciers ; l'héritier qui a dans son lot l'immeuble hypothéqué, étant poursuivi par le créancier hypothécaire, délaisse l'immeuble, ou le conserve en désintéressant de ses deniers le créancier hypothécaire ;—le *de cujus* avait grevé un de ses immeubles d'une servitude non apparente ; cette servitude est reconnue après le partage, et l'héritier qui a dans son lot l'immeuble sur lequel elle porte est obligé de la subir...

Dans ces différentes hypothèses, l'éviction procède d'une cause antérieure au partage : l'héritier qui la souffre a droit à garantie.

L'un des héritiers est exproprié d'un immeuble pour cause d'utilité publique et ne reçoit de l'État qu'une indemnité inférieure à la valeur qu'avait l'immeuble dont il est évincé. Dans ce cas, aucune garantie ne lui est due : car l'éviction qu'il a soufferte ne procède pas d'une cause antérieure au partage. La perte qu'il éprouve résulte d'un accident, et les héritiers ne sont pas garants entre eux des pertes qu'ils éprouvent par suite de cas fortuits. L'héritier qui n'a pas été suffisamment indemnisé par l'État n'a pas plus de droit de se plaindre que celui qui a vu périr dans un incendie les objets qui composaient son lot (*b*).

Les héritiers ne répondent pas des évictions dont la cause est *antérieure* au partage, lorsqu'elles ont été *spécialement* prévues et qu'il a été convenu, par une clause expresse, qu'elles

---

d'autant plus que Pothier, *Successions*, ch. 4, art. 5, § 3, cité par eux, exigeait que la stipulation de non-garantie fût énoncée par une clause particulière du partage.

(*a*) Pothier, *Communauté*, n° 717, se contentait que la cause d'éviction existât en *germe* antérieurement au partage.

(*b*) Voy., toutefois, l'arrêt rendu dans la cause de *Benoit* v. *Benoit*, *infra*, p. 628.

ne donneront pas ouverture à l'obligation de garantie si elles ont lieu. Le partage rentre alors dans la classe des contrats *aléatoires* : car la chance de perte dont est chargé le lot où se trouve compris le bien sujet à l'éviction a dû être, la loi le présume, compensée par quelque chance de gain.

Remarquons, à ce sujet, les termes de la loi : " La garantie n'a pas lieu, si l'*espèce* d'éviction soufferte [[se trouve exceptée par quelque disposition]] de l'acte de partage.."

L'espèce d'éviction... Concluons-en que la clause *générale* par laquelle les copartageants s'affranchissent de toute garantie n'est pas permise en matière de partage. La loi a considéré, sans doute, que cette clause pourrait cacher des surprises; qu'elle pourrait n'être pas consentie, de la part de certains copartageants, en parfaite connaissance de cause.

[[*Par quelque disposition de l'acte de partage.*]] La loi rejette donc la clause *tacite* de non-garantie. Ainsi, la connaissance même qu'avait du danger de l'éviction, au moment du partage, l'héritier évincé, ne suffit pas pour exclure la garantie (1).—Il ne faut pas toutefois exagérer ce principe. La loi suppose évidemment qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une éviction dont la cause n'est pas apparente. La question de savoir si l'héritier qui subit l'éviction n'en connaissait pas la cause au moment du partage, si, dans l'estimation du bien qui y était soumis, on a ou non tenu compte de la moins-value résultant du danger auquel il était exposé, cette question aurait donné lieu à des procès qu'il fallait éviter. Mais, si la cause d'éviction était telle qu'elle n'a pu être ignorée des parties, si elle consiste, par exemple, dans une servitude apparente, le cohéritier ainsi évincé n'a pas droit à garantie (art. 1519, arg. d'anal.); aucune indemnité ne lui est due, *parce qu'il a été indemnisé d'avance !* Il a été indemnisé d'avance : car, dans l'estimation de l'immeuble grevé de la servitude, on a nécessairement tenu compte de la moins-value qui en résultait (*a*).

---

(1) MM. Aubry et Rau, t. VI, § 625, p. 572. [[Sirey et Gilbert sur les art. 884 et 886 C. N., nº 7, font observer qu'il en était autrement sous les anciens principes. Cependant Pothier, *Introduction au titre 17 de la coutume d'Orléans*, nº 101, n'admettait pas que cette simple connaissance pût priver le copartageant du droit de garantie. D'ailleurs, de droit commun cette connaissance n'est pas, prise isolément, une cause d'exclusion absolue de la garantie. Voy. l'art. 1512.]]

(*a*) Pothier, *Successions* (ch. 4, art. 5, § 3) enseigne la même doctrine. Il dit que s'il paraissait que le cohéritier eût été par le partage chargé des risques de l'éviction, que pour cet effet on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur, il n'y aurait pas lieu à la garantie.

Enfin, il est bien entendu que les évictions qu'un copartageant souffre par sa faute doivent être supportées par lui seul (1).

[[Une espèce intéressante, quant à la garantie que des copartageants se doivent mutuellement, a été jugée dans la cause de *Benoit* v. *Benoit* (33 L. C. J., p. 237). Les défendeurs, grevés de substitution, avaient fait un partage provisoire avec l'entente que ce partage cesserait à la mort du premier d'entre les grevés. Le demandeur avait reçu en partage certains immeubles qui, subséquemment au partage, avaient été frappés d'une taxe spéciale pour certains travaux publics en la cité de Montréal. Appelé à payer cette taxe, le demandeur se pourvut contre ses colégataires pour leur réclamer leur part de ces dépenses. Dans ces circonstances, le juge Tellier décida que cette taxe constituait une charge extraordinaire, non prévue par l'acte de partage, et que ce serait rompre l'égalité que de la faire supporter uniquement par le demandeur (*a*).]]

En résumé, la garantie n'est due qu'autant que ces quatre conditions concourent. Il faut : 1° que l'éviction soufferte procède d'une cause antérieure au partage ; 2° que la cause de cette éviction ne soit pas apparente ; 3° si elle est non apparente qu'elle n'ait pas été prévue ; 4° qu'elle n'ait pas été soufferte par la faute de l'héritier.

III. Comment s'exerce l'action en garantie. — Elle s'exerce ou par une demande incidente ou par une demande principale. Un héritier est poursuivi par un tiers en revendication d'un immeuble mis dans son lot. Il a le choix entre deux partis :

1° Il peut appeler en cause ses cohéritiers (art. 120 et suiv. C. P. C.), — afin qu'ils concourent avec lui à repousser le danger commun, ou qu'ils l'indemnisent de l'éviction, si elle a lieu. Dans ce cas, le tribunal statue en même temps sur la demande en revendication, formée contre l'héritier, et sur la demande en garantie, formée par ce dernier contre ses cohéritiers.

---

(1) L'article 748 *in fine* dit expressément que "la garantie cesse, si c'est par sa faute que le copartageant souffre l'éviction."

(*a*) Cette décision ne saurait cependant se justifier dans un cas où il s'agirait d'un partage définitif, car l'espèce d'éviction dont il était question ne procédait pas d'une *cause antérieure au partage*. Cependant, si, au moment du partage, l'expropriation avait été décrétée, quoiqu'elle n'eût été exécutée que plus tard, la cause d'éviction existante en *germe*, on devrait, me semble-t-il, admettre la garantie. Voy. le sentiment de Pothier, *supra*, p. 626, note (*a*).

2° Il peut, s'il le préfère, défendre seul à la demande en revendication, — sauf, s'il succombe, à former contre ses cohéritiers une demande principale en garantie.

Le premier parti est bien plus prudent que le second. L'héritier menacé de l'éviction appelle-t-il en cause ses cohéritiers : d'une part, il évite des lenteurs, en même temps qu'il économise les frais du procès : tout est réglé par un seul jugement, tandis qu'il en faut deux lorsqu'il plaide seul, et qu'après avoir succombé, il recourt contre ses cohéritiers ; et, d'autre part, il met le procès aux risques et périls de la succession : les frais qu'il occasionne, les erreurs des juges, constituent alors une perte commune. Plaide-t-il seul : ses cohéritiers peuvent prétendre qu'il a eu tort de plaider, qu'il aurait dû acquiesser à la demande formée contre lui, que c'est à lui, par conséquent, à supporter les frais du procès qu'il a mal à propos soutenu. Ils peuvent même, si le jugement n'est pas ou n'est plus susceptible d'appel, élever une prétention plus grave encore : " Vous avez succombé, peuvent ils dire, parce que vous vous êtes mal défendu, parce que vous avez négligé de faire valoir tel moyen de défense que nous eussions invoqué si vous nous aviez appelés en cause. C'est par votre faute que vous avez été évincé : supportez les conséquences de votre négligence."

Mais, dira-t-on peut-être, il y a *chose jugée*, et on ne prouve pas contre elle ! Je réponds que, les cohéritiers de celui qui a été évincé n'ayant pas été mis en cause, il n'y a pas eu chose jugée à leur égard (art. 1241). — Du reste, il est bien entendu qu'il y a présomption que le procès a été bien conduit par l'héritier évincé et que les juges ont bien jugé : c'est donc à ses cohéritiers à faire preuve du contraire.

IV. Règlement de l'indemnité.—Il semble qu'en cas d'éviction le partage devrait être refait : car c'est la manière la plus naturelle de rétablir l'égalité que l'éviction a détruite. Mais, la rescision du partage aurait pour effet d'anéantir les droits légitimement acquis par des tiers de bonne foi sur les biens compris dans les lots des copartageants ; la loi, dans l'intérêt de la circulation des biens et du crédit public, préfère le maintenir, sauf à indemniser, au moyen d'une somme d'argent, le copartageant qui a souffert de l'éviction.

[[A cet effet l'article 749, qui reproduit la substance de l'article 885 du code Napoléon, règle en ces termes le paiement de l'indemnité au copartageant qui a souffert l'éviction, ainsi que l'indemnité supplémentaire qu'il peut réclamer en cas d'insolvabilité de l'un des contribuables.

749. " Chacun des copartageants est personnellement obligé, " en proportion de sa part, d'indemniser son copartageant de " la perte que lui a causée l'éviction.

" Si l'un des copartageants se trouve insolvable, la portion " dont il est tenu doit être répartie au marc la livre entre tous " les copartageants solvables, d'après leurs parts respectives."]]

Le montant de l'indemnité doit *être réglé d'après la valeur que l'éviction enlève à l'héritier qui la subit*: l'article 749 est formel à cet égard. [[Plusieurs auteurs décident en conséquence, en France, qu'il faut pour la régler, considérer, non pas la valeur qu'avait *au moment du partage* le bien qui lui a été enlevé, mais celle qu'il avait *au moment de l'éviction.*]] Autrement, l'égalité serait blessée pour ou contre lui : car, tandis qu'il serait étranger aux bonnes ou mauvaises chances auxquelles tous les biens sont soumis, chacun de ses cohéritiers profiterait des améliorations survenues dans les biens composant son lot, ou supporterait le préjudice résultant de la perte ou de la détérioration de ces mêmes biens (1).

[[Remarquons, cependant, que le conseil privé a adopté la solution contraire, dans la cause de *Prentice & McDougall* (8 L. N., p. 163) (*a*), jugeant que le montant de l'indemnité se règle d'après la valeur des biens à l'époque du partage, et non d'après celle qu'ils avaient au jour de l'éviction. Outre l'autorité qui se rattache à la décision du plus haut tribunal de l'empire, cette dernière solution me paraît plus conforme aux principes. Voy. Pothier, (*Vente* n° 632) qui explique pour quelle raison il en est ainsi en matière de partage, alors qu'en matière de vente on calcule l'indemnité d'après la perte soufferte par l'acheteur au jour de l'éviction. J'ajouterai que M. Baudry-Lacantinerie, qui, nous l'avons vu, note (1), avait, dans son *Précis de droit civil*, indiqué le moment de l'*éviction* comme devant servir de base au calcul de cette indemnité, est revenu sur cette opinion, dans son *Traité de ssuccessions*, t. 3, n° 4484, et enseigne qu'il faut, au contraire, remonter à l'époque du *partage* pour fixer le chiffre de l'indemnité, car, dit-il, l'objet de la garantie est de mettre l'héritier dans la même situation que si l'objet dont il a été évincé n'avait pas

(1) MM. Dur., t. 7, n° 546 ; Dem., t. 3, n° 228 *bis*, I ; Aubry et Rau, t. 6, § 625, note 45 ; Demangeat, *Rev. prat.*, t. 4, p. 272 ; Demol., t. 17, n°s 361 à 363 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 333.]]—*Contra*, M. Laurent, t. 10, n° 448.

(*a*) Le jugement de la cour d'appel en cette cause a été confirmé par le conseil privé ; il est rapporté 4 D. C. A., p, 91 et 7 L. N., p. 162.

été compris au partage. Il ajoute que ce dernier système était généralement admis dans l'ancien droit. Voy. les auteurs qu'il cite en note.

On ne doit pas ajouter à l'indemnité le montant des dépenses utiles faites par le copartageant, car c'est un fait postérieur à l'époque où il y a lieu de se placer pour calculer l'indemnité. Voy M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, nº 4485.]]

La perte résultant de l'éviction doit être supportée par tous les héritiers, *y compris l'héritier évincé*, proportionnellement à la part héréditaire de chacun d'eux. Elle pèse, en effet, sur la succession elle-même ; c'est une perte commune.

Si l'un de ceux contre lesquels recourt l'héritier évincé est insolvable, la perte qui résulte de cette insolvabilité, étant une suite de l'éviction, doit également être répartie, d'après la même base, entre tous les copartageants solvables, y compris l'héritier évincé (1).

V. De l'obligation de garantie appliquée aux créances qui ont été comprises dans le lot d'un des héritiers. — [[Le législateur s'est occupé de la garantie que les copartageants se doivent, quant aux créances qui ont été attribuées à l'un d'eux, dans l'article 750 qui est en ces termes :

750. " Il n'y a pas lieu à garantie pour l'insolvabilité du " débiteur d'une créance échue à l'un des copartageants, si cette " insolvabilité n'est survenu que depuis le partage.

" Cependant l'action en garantie subsiste pour le cas d'une " rente dont le débiteur est devenu insolvable en quelque " temps que ce soit depuis le partage, si la perte ne vient pas " de la faute de celui à qui la rente était échue.

" L'insolvabilité des débiteurs existante avant le partage " donne lieu à la garantie de la même manière que l'évic- " tion " (*a*).]]

Nous savons qu'on peut mettre une créance intégrale dans un lot, et que cette attribution de la créance à l'un des héritiers n'est autre chose, quant à la part afférente aux autres héritiers, qu'une véritable *cession*. Dans cette hypothèse,

---

(1) Comparez à l'article 749, *in fine*, l'article 750.

(*a*) Cette article diffère de l'article 886 du code Napoléon d'une manière essentielle, quant à la garantie due par les copartageants en cas d'insolvabilité du débiteur d'une rente, laquelle, en France, n'est due que si l'insolvabilité existait au moment du partage, et alors l'action en garantie ne dure que cinq ans. Nous verrons qu'il en est autrement dans notre droit.

qu'est-ce qui adviendra si l'héritier est évincé de la créance qui lui est attribuée ?

Trois cas sont à considérer :

1° *La créance qui a été mise dans son lot n'existe qu'en apparence : elle est nulle ou éteinte.*—Ses cohéritiers, ses cédants, lui doivent garantie de cette éviction (art. 1576).

2° *La créance qui lui a été attribuée existe, elle est valable ; mais le débiteur était insolvable* AU MOMENT DU PARTAGE. — S'il s'agissait d'une cession ordinaire, aucune garantie ne serait due. Nous voyons, en effet, dans l'article 1576, que celui qui vend une créance *n'est garant que de son existence au moment de la cession* (*a*), il ne répond ni de la solvabilité future, ni même de la solvabilité actuelle du débiteur. Mais il ne saurait en être de même en matière de partage : car l'égalité serait rompue, si, pendant que les héritiers cédants ont, chacun dans son lot, des choses utiles, d'une valeur réelle, l'héritier cessionnaire n'avait, lui, qu'une créance, existant, il est vrai, mais illusoire en fait, sans valeur réelle. Si la garantie de la solvabilité du débiteur cédé n'est pas due aux cessionnaires ordinaires, aux acheteurs de créances, c'est que la loi les voit d'un mauvais œil : ce sont des spéculateurs, des hommes processifs : ils ne méritent aucune protection particulière. Mais la cession qui a lieu en matière de partage n'a pas ces caractères ; ce n'est pas une spéculation : la loi doit la favoriser, puisqu'elle a pour but et pour résultat la conclusion d'un partage (1).

3° *La créance qui a été mise dans un lot existe ; le débiteur était solvable au moment du partage ; mais depuis il est devenu insolvable.*—Aucune garantie n'est due : car les objets attribués à chaque héritier sont désormais à ses risques et périls.

Ainsi, lorsqu'une créance a été attribuée à l'un des héritiers, ses copartageants sont garants de l'existence de la créance et de la solvabilité du débiteur au moment du partage ; ils ne le sont pas de sa solvabilité future.

[[Notre article 750 règle le cas où une *rente* a été mise dans le lot de l'un des héritiers. En ce cas, en quelque temps que le débiteur soit devenu insolvable depuis le partage, l'action en garantie subsiste, si la perte ne vient pas de la faute de celui

---

(1) Voy. une autre application de la même idée dans l'art. 1584-1°.

(*a*) Tel est bien l'effet de notre article 1576, bien que cet article, moins formel en cela que l'article 1693 du code Napoléon, n'en ait pas une disposition expresse.

à qui la rente était échue. L'article 750 ajoute que l'insolvabilité du débiteur existante avant le partage donne lieu à la garantie de la même manière que l'éviction. L'article 886 du code Napoléon, au contraire, porte que la garantie de la solvabilité du débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans qui suivent le partage et qu'il n'y a pas lieu à garantie à raison de l'insolvabilité du débiteur quand elle n'est survenue que depuis le partage consommé. Les codificateurs expliquent que notre article est conforme à l'ancien droit et qu'ils ont préféré la règle qu'il énonce, comme étant plus d'accord avec les vrais principes.

Mais quelle est la raison de cette distinction entre une créance ordinaire et une rente ? Pothier (*Successions* ch. 4, art. 5, § 3), nous répond que la rente "est un être successif, " composée de parties qui doivent se succéder les unes aux " autres jusqu'au rachat qui peut s'en faire, et qui, de sa nature, " doit durer jusqu'au rachat. Le cohéritier à qui elle est échue " par le partage, ne l'a donc point entière, lorsqu'elle cesse " d'être payable, il faut donc que ses cohéritiers la lui four- " nissent, en la lui continuant jusqu'au rachat. Il n'en est pas " de même d'une maison ou autre chose, ces êtres ne consistent " pas dans une succession de parties : dès le premier instant " que j'ai une maison, j'ai tout son être ; si elle vient à périr " par quelque cas fortuit, c'est une suite de sa nature."

J'avoue que — sauf dans le cas d'une rente viagère — cette raison ne me semble pas bien convaincante, surtout quand on compare une rente non viagère à une créance remboursable à long terme. Notre législation a changé la nature de ces rentes, au point qu'elles ne diffèrent guère des créances, qui, comme les rentes, prennent naissance dans un capital ou autre valeur qui a été versé au débiteur. La créance peut n'être remboursable que dans trente ans, et la rente peut également être constituée pour ce terme. Alors pourquoi perpétuer l'obligation de garantie dans le dernier cas, alors qu'on refuse de le faire dans le premier ? Quoi qu'il en soit, la loi est formelle et il ne restera plus qu'à determiner s'il s'agit, dans chaque espèce, d'une rente ou d'un prêt ordinaire. Si c'est une rente, les anciens auteurs enseignent que garantie en est due même plus de cent ans après le partage (*a*), mais que l'action en garantie elle-même se prescrit par trente ans après qu'elle s'est trouvée ouverte (Pothier, *loc. cit.*)]]

(*a*) Mais si cette rente affecte des immeubles, elle aura pris fin avant ce terme (art. 389).

Section V.—De la rescision en matière de partage

§ I. *Des causes de rescision.*

[[Sous ce rapport notre droit diffère essentiellement du droit français moderne. Les codificateurs expliquent qu'un article projeté devait remplacer les articles 887 et 889 du code Napoléon, avec quelques changements qu'ils indiquent. Le premier alinéa de l'article projeté différait de l'article 887, en ce qu'il déclarait que la rescision, en fait de partage, a lieu comme dans les autres contrats, tandis que l'article 887 dit, d'une manière moins correcte, que les partages peuvent se rescinder pour cause de violence ou de dol. Le deuxième alinéa était conforme au code Napoléon et portait que la lésion du plus du quart suffit pour faire rescinder le partage. Le troisième alinéa, qui n'existe pas dans le code Napoléon, déclarait que la simple lésion ferait rescinder le partage dans le cas des mineurs. Enfin, le quatrième alinéa ne permettait pas la rescision pour une simple omission ; elle donnait seulement lieu à un supplément, ce qui était d'accord avec le code français.

Sur tous ces points, ajoutent les codificateurs, l'article projeté exposait la loi ancienne. Mais, comme au titre *Des obligations* les commissaires avaient cru devoir abolir la lésion, quant aux majeurs, ils ont été d'avis que la même règle devait s'appliquer aux partages. En conséquence, ils ont proposé, comme modification à la loi ancienne, l'article 751, dont les premier et troisième alinéas sont les mêmes que ceux de l'article projeté, tandis que le second déclare que la rescision pour lésion n'a lieu qu'à l'égard des mineurs, et cela d'après les règles énoncées par les articles 1001 à 1012.

L'article 751, dont le deuxième alinéa est de droit nouveau, se lit donc ainsi qu'il suit :

751. " Les partages peuvent être rescindés pour les mêmes " causes que les autres contrats.

" La rescision pour lésion n'y a lieu qu'à l'égard des mineurs, " d'après les règles portées au titre *Des obligations*.

" La simple omission d'un objet de la succession ne donne " pas ouverture à l'action de rescision, mais seulement à un " supplément à l'acte de partage."

Comme les codificateurs le disent, le premier alinéa de l'article 887 du code Napoléon porte que les partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol. Il n'y est pas

question de l'erreur, mais les commentateurs de ce code expliquent que cette omission ne préjudicie pas aux cohéritiers, les autres voies, soit de garantie ou de rescision, leur permettant d'obtenir la réparation du tort qu'ils ont souffert (*a*). D'ailleurs, l'erreur est reconnue comme cause de rescision en matière de partage, notamment dans le cas où un copartageant s'est présenté comme successible seulement, et a négligé, par erreur, de faire valoir sa qualité de donataire (*b*). Je conclus donc que sur ce point il n'y a pas de différence entre notre droit et le droit français moderne.

Le deuxième alinéa de notre article, je l'ai dit, diffère de la disposition de l'article 887 du code Napoléon qui admet généralement la lésion de plus d'un quart, sans distinguer le cas des majeurs de celui des mineurs.

Enfin, le troisième alinéa de l'article 751 est la copie textuelle de la dernière partie du second alinéa de l'article 887 du code Napoléon. Sous ce point donc notre droit est conforme au droit français.

Ayant écarté la lésion entre majeurs, les codificateurs devaient omettre comme inutile l'article 889 du code Napoléon, qui porte que l'action en rescision n'est pas admise contre une vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux. On a également omis le deuxième alinéa de l'article 888 du code Napoléon (*c*), qui dit qu'après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentaient le premier acte, même quand il n'y aura pas eu à ce sujet un procès commencé. Ce cas, dans notre droit, tomberait sous l'application des principes du droit commun qui régissent la transaction.

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie dit que cette omission a été intentionnelle.

(*b*) Voy. Sirey et Gilbert sur l'art 887 C. N. nº 1.

(*c*) Les codificateurs ont utilisé le premier alinéa de cet article—qui déclare que l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière—dans la rédaction de l'article 747. Il est évident, puisque, d'après ce dernier article, ces actes constituent un partage, que la rescision sera admise à leur égard et du reste elle le serait de droit commun. Comme le code Napoléon admet la lésion entre majeurs en matière de partage, sur une échelle qu'il écarte en matière de vente, d'échange ou de transaction, (voy. l'art. 1674 C. N.), il était utile d'excepter de l'application de cette dernière règle les actes qui ne sont que des partages déguisés.

Ces ressemblances et ces différences notées, disons qu'il y a, dans notre droit, deux causes de rescision de partage : 1° les causes ordinaires de rescision d'un contrat : 2° la simple lésion en faveur d'un copartageant mineur. Je pourrais éviter de faire cette classification en disant généralement que les partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes que les autres contrats, car la lésion, quand le contractant est mineur, est, de droit commun, une cause de rescision, mais cette division du sujet rendra les explications que j'aurai à donner plus claires.

I. Des causes ordinaires de rescision. — Ces causes sont : l'erreur, la fraude, la violence ou la crainte (art 991) (a).

1° *De l'erreur.* — L'erreur pour pouvoir être invoquée comme cause de rescision du partage devra porter sur la nature même du contrat, sur la substance de la chose qui en fait l'objet ou sur quelque chose qui soit une considération principale qui ait engagé à le faire (art. 992). Ainsi, l'héritier croyait faire un partage provisoire, alors que le partage est définitif ; ou bien il croyait n'avoir droit qu'au quart de la succession, tandis qu'il avait hérité de la moitié des biens du défunt : enfin, il a rapporté au partage des biens que le défunt lui avait donnés, dans l'ignorance d'un testament qui l'exemptait de l'obligation du rapport. Dans tous ces cas, le copartageant peut attaquer le partage pour cause d'erreur.

Remarquons, toutefois, nous aidant de la doctrine française : —

1° Que si l'on a omis de comprendre dans la masse partageable des objets qui devaient y figurer, l'erreur se justifiera par un supplément à l'acte de partage (art. 751, 3e al.) ;

2° Que si, au contraire, on y a compris des objets qui n'appartenaient pas à la succession, le copartageant à qui ces objets sont échus, procédera, en cas d'éviction, par action en garantie (art. 748) ;

3° Que si l'erreur ne porte que sur la valeur de l'objet, le copartageant, s'il était majeur lors du partage, ne pourra recourir à l'action en rescision, car la lésion est écartée entre majeurs (art. 751, 2e al., et 1012) ;

4° Que si on a admis un étranger au partage, les biens qui lui ont été attribués sont des biens omis, et, partant, il y a lieu à un supplément de partage ;

5° Que si, à l'inverse, on a oublié de comprendre l'un des

(a) Cet article énumère également la lésion.

héritiers parmi les copartageants, le partage serait nul faute de cause et doit être recommencé (*a*).

2° *De la fraude ou du dol.* — Il n'y a ici qu'à appliquer le droit commun et à décider que le partage sera nul lorsque les manœuvres pratiquées par l'un des copartageants ou à sa connaissance par un tiers sont telles que, sans cela, le copartageant n'aurait pas consenti au partage tel que fait (art. 993).

3° *De la violence et de la crainte.*—Ici encore les règles du droit commun s'imposent. La violence, quel qu'en soit l'auteur, est donc une cause de rescision du partage, mais la crainte produite par cette violence doit être une crainte raisonnable et présent d'un mal sérieux, eu égard à l'âge, au sexe, au caractère et à la condition du copartageant (art. 994 et suiv.).

II. De la lésion dans le cas d'un copartageant mineur. — Il ne s'agit ici que d'appliquer les principes du droit commun. Or, aux termes de l'article 1002, la simple lésion est une cause de nullité, en faveur du mineur non émancipé, contre toute espèce d'actes, lorsqu'il n'est pas assisté de son tuteur, et lorsqu'il l'est, contre toute espèce d'acte autre que ceux d'administration ; et en faveur du mineur émancipé, contre tous les contrats qui excèdent les bornes de sa capacité legale, telle qu'établie au titre *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, sauf les exceptions spécialement énoncées dans le code. Le partage n'est pas un acte d'administration, donc il donne ouverture à la rescision pour lésion dans le cas du mineur émancipé. Il excède les bornes de la capacité légale du mineur non émancipé, donc ce dernier peut le faire retracter pour lésion. Remarquons, cependant, qu'en vertu d'un principe de droit commun, le mineur copartageant ne serait pas restituable, pour cause de lésion, lorsque cette lésion ne résulterait que d'un événement casuel et imprévu, et spécialement, que si toutes les formalités prescrites par la loi pour le partage ont été accomplies, ce

---

(*a*) Mourlon, n° 502 ; MM. Aubry et Rau, t. 6, § 626, p. 574 et suiv. ; Laurent, t 10, n°s 464, 465, 471 et suiv. (ce sont les références données par Mourlon) ; Baudry-Lacantinerie, n° 337.

Mourlon assimile, au cinquième cas, celui de l'héritier qui a figuré au partage pour une fraction inférieure à celle qui lui est attribuée par la loi. J'admets qu'il faut alors recommencer le partage, mais c'est ce qui arrive quand la rescision en est prononcée pour cause d'erreur. M. Baudry-Lacantinerie, *loc. cit.*, dit que les erreurs de calcul commises dans un partage devraient être réparées. Il n'est que raisonnable d'admettre cette doctrine par application de ce que l'article 1926 décide en matière de transaction.

partage aura la même force et le même effet que s'il était intervenu entre copartageants majeurs non interdits (art. 1010) (*a*). Donc il ne peut être question de rescision du partage pour lésion, même en faveur d'un mineur, si ce partage a été fait en justice et avec toutes les formalités prescrites (voy. les art. 691, 693 et 709 pour l'indication de ces formalités), mais le mineur pourra l'attaquer pour erreur, violence, dol ou fraude. Je me contente d'énoncer ces principes ici, me réservant de leur donner le développement qu'ils comportent au titre *Des obligations*.

Mais comment déterminera-t-on s'il y a eu ou non lésion ? L'article 752, qui reproduit la substance de l'article 890 du code Napoléon, répond à cette question en ces termes :

752. "Lorsque l'on a à décider s'il y a eu lésion, c'est la " valeur des objets au temps du partage qu'il faut considérer."

Cette règle est claire et ne peut donner lieu à aucune difficulté d'interprétation.

Remarquons, quant à toutes ces causes de rescision, que s'il y a également ouverture à l'action en garantie, l'héritier peut avoir intérêt à exercer, soit l'action en rescision, soit l'action en garantie. En effet, ces actions diffèrent sous plusieurs rapports :]]

1° *L'action en garantie* peut être exercée dans les trente ans, à compter du jour de l'éviction. *L'action en rescision* ne peut l'être que dans les dix ans à partir du partage (voy. l'art. 2258). Sous ce rapport, l'*action en garantie* est préférable à l'*action en rescision*.

2° L'héritier qui exerce la première n'a droit qu'à une somme d'argent. Il devient créancier de ses cohéritiers, ce qui l'oblige à recourir aux voies ordinaires que les créanciers emploient pour être payés : de là des frais, des lenteurs.— L'héritier qui exerce la seconde obtient le rétablissement de l'indivision et le bénéfice d'un nouveau partage, c'est-à-dire une indemnité en nature. Ses copartageants peuvent, il est vrai, empêcher la rescision du partage, en l'indemnisant, soit en nature, soit en argent ; mais ils ne jouissent de cette faveur qu'à la condition de payer cette indemnité *immédiatement*.

(*a*) Cet article, qui est de droit nouveau, se lit ainsi qu'il suit :

1010. "Lorsque toutes les formalités requises à l'égard des mineurs " ou des interdits, soit pour l'aliénation d'immeubles, soit pour un par- " tage de succession, ont été remplies, tels contrats ou actes ont la même " force et le même effet que s'ils étaient faits par des majeurs non " interdits."

sans aucun délai (art. 753).—A ce point de vue, c'est l'action *en rescision* qui est préférable à l'action *en garantie.*

[[Mourlon indique une autre différence en disant qu'en matière de *garantie*, l'indemnité se règle eu égard à la valeur qu'avait, *au moment de l'éviction*, le bien qui a été enlevé à l'héritier, tandis qu'en matière de *rescision*, il faut, pour juger s'il y a eu lésion, estimer les objets eu égard à leur valeur *au moment du partage* (art. 752). J'ai dit plus haut que la plupart des aûteurs, en France, enseignent que l'indemnité se règle, lorsqu'il s'agit de la garantie, d'après la valeur des biens au moment de l'éviction. Le conseil privé ayant jugé, au contraire, dans la cause de *Prentice & McDougall* (8 L. N., p. 163), qu'il faut prendre comme base la valeur qu'avaient les biens lors du partage, les deux actions n'offrent, sous ce point, aucune dissemblance, et telle est, je l'ai dit, la véritable solution (*a*). Dans le système adopté par Mourlon, l'héritier exercera, suivant son intérêt,]] tantôt l'action *en garantie*, tantôt l'action en rescision. Le bien qui lui a été enlevé a-t-il augmenté de valeur depuis le partage : l'action *en garantie* est préférable, car elle lui permet de conserver pour lui seul le profit de la plus-value, qui, s'il faisait rescinder le partage, profiterait à tous. Le même bien a-t-il, au contraire, subi des détériorations depuis le partage : c'est alors l'action *en rescision* qui vaut le mieux : car cette détérioration, qui serait supportée en totalité par l'héritier évincé, dans l'hypothèse de l'action *en garantie*, deviendra commune à tous lorsque le partage est *rescindé.* [[La jurisprudence du conseil privé empêche l'héritier de spéculer sur le tort qui a été commis à son égard.

Une autre remarque générale que nous pouvons faire, c'est que, comme je l'ai dit, l'omission de comprendre dans l'actif de la succession un objet particulier ne donne pas lieu à la rescision de ce partage incomplet, mais seulement à un supplément de partage. Notre article 751, al. 3, qui le déclare, est conforme au droit français moderne et à l'ancien droit.]]

§ II—*De la nature et des effets de l'action en rescision.*

L'héritier qui l'exerce demande que l'indivision soit rétablie et qu'il soit procédé à un nouveau partage.—Ce rétablissement de l'indivision, en remettant en question tous les droits que le premier partage avait fixés, peut causer de graves préjudices

---

(*a*) Voy., *supra*, p. 630.

à ceux qui le subissent. Ainsi, l'un des héritiers avait aliéné des objets compris dans son lot ; il avait constitué sur d'autres des hypothèques ou des servitudes : son droit de propriété étant résolu *rétroactivement* par l'effet du rétablissement de l'indivision, tous les droits qu'il a consentis tombent avec le sien (art. 1088 et 2038). Ces droits sont définitivement et irrévocablement résolus, si les objets sur lesquels ils existaient ne reviennent point, par l'effet du nouveau partage, dans le lot de l'héritier qui les a constitués (*a*). De là un préjudice pour les tiers acquéreurs ; de là des recours en dommages et intérêts contre les héritiers défendeurs à l'action en rescision.

Un moyen de prévenir ces conséquences est offert aux héritiers dont il s'agit : Ils peuvent arrêter le cours de l'action en rescision, et, si déjà la rescision a été prononcée, empêcher un nouveau partage, en fournissant au demandeur, soit en numéraire, soit en nature, le supplément de sa part héréditaire (*b*).

[[Mais ici, nous nous heurtons à une difficulté. On décide, en France, que l'article 891 du code Napoléon ne s'applique que lorsque la rescision du partage est demandée *pour cause de lésion* et que]] ce secours n'est pas accordé au défendeur à une action en rescision *pour cause de dol ou de violence*, [[ou *pour cause d'erreur* (*c*)]] Si les défendeurs à une action en rescision *pour cause de lésion* peuvent en arrêter le cours, [[dit-on,]] c'est qu'en fournissant au demandeur ce qui lui manque, ils rétablissent l'égalité, ce qui fait cesser la cause sur laquelle cette action est fondée. Mais, quand c'est la violence ou le dol qui vicie le partage, l'offre d'un supplément est impuissante à faire disparaître la cause de l'action en rescision. Il est possible, d'ailleurs, que le demandeur n'ait d'autre intérêt à la rescision que l'avantage éventuel d'obtenir, par un nou-

---

(*a*) M. Baudry-Lacantinerie, n° 349.

(*b*) C'est ce que l'article 753, qui reproduit la substance de l'article 891 du code Napoléon, décrète en ces termes :

753. " Le défendeur à une demande en rescision de partage, peut en " arrêter le cours et en empêcher un nouveau, en offrant et fournissant " au demandeur le supplément de sa part dans la succession, soit en numé- " raire, soit en nature."

Cet article érige en principe l'opinion de Pothier (*Successions*, ch. 4, art. 6), mais Maleville, sur l'art. 891 C. N., atteste que ce dernier article est contraire à l'ancienne jurisprudence, en ce qu'il dit que le défendeur pourra fournir le supplément en numéraire ou en nature. Voy. aussi M. Baudry-Lacantinerie, n° 345.

(*c*) Sirey et Gilbert, sur l'art. 891 C. N., n° 3.

veau partage, des biens qui sont dans le lot de ses copartageants et qui lui conviennent mieux que ceux qui lui ont été attribués. Quel supplément lui fournirait-on dans ce cas (art. 752 et 753 combinés) (1) ?

[[Or, dans notre droit, la lésion n'est un cas de rescision que lorsqu'elle est invoquée par un copartageant mineur. Si nous adoptons la doctrine qui vient d'être exposée, l'article 753 ne s'appliquera que lorsque le demandeur attaque le partage en qualité de mineur ; si le demandeur est un copartageant majeur, les défendeurs ne pourront arrêter le cours de l'action et empêcher un nouveau partage, car les majeurs ne peuvent demander la rescision des partages que pour cause d'erreur, de violence ou de crainte, de dol ou de fraude.

Cependant, je ne vois pas comment nous repousserions cette conséquence, car la doctrine française me paraît rigoureusement exacte. C'est ainsi, d'ailleurs, qu'on appliquait cette règle sous l'ancien droit (*a*). Donc, seul, un copartageant mineur qui attaque le partage pour cause de lésion est soumis à cette exception.

On enseigne également en France :

1° Que le supplément, lorsque le défendeur opte pour le paiement en nature, ne peut être payé qu'en biens héréditaires, et que ces biens doivent être estimés d'après leur valeur au moment du paiement.

2° Que le défendeur peut payer utilement ce supplément pendant tout le cours de l'instance et qu'il le peut même lorsque la rescision a été prononcée et tant que le jugement n'a pas acquis l'autorité de chose jugée. Plusieurs auteurs vont même plus loin, et disent que cette faculté est ouverte au défendeur même après que le jugement est passé en force de chose jugée. Il y a toutefois controverse sur ce point, Voy. Sirey et Gilbert, sur l'art. 891 C. N., n° 6, et M. Baudry-Lacantinerie, *Successions*, t. 3, n° 4661.

3° Que bien que notre article suppose le cas où il n'y a qu'un seul défendeur, sa disposition serait applicable s'il y en avait plusieurs. Mais alors, les défendeurs doivent s'entendre pour répartir entre eux la charge du supplément, et s'ils n'y parvien-

---

(1) MM. Val. ; Marc., art. 891 ; Dem. t. 3, n° 236, *bis*, I ; Aubry et Rau, t. 6, § 626, p. 585 ; Demol., t. 5, n° 411 ; [[M. Baudry-Lacantinerie, n° 345.]]

(*a*) Voy. notamment les autorités citées par les codificateurs sous l'article 753.

nent pas le partage sera nécessairement rescindé, à moins toutefois qu'un seul ou quelques-uns des défendeurs ne consentent à payer intégralement le supplément, et alors ils n'auraient pas de recours contre les autres (*a*).]]

§ III. — *De la ratification des partages rescindables. — De la durée de l'action en rescision.*

I. [[**Du partage rescindable pour cause d'erreur, de violence ou de dol ou fraude.**]]—Ce partage n'est pas radicalement nul. Quoique imparfait, il existe, et la nullité dont il est frappé est purement *relative* : l'héritier qui a subi la violence ou dont le consentement a été surpris par dol, peut *seul* l'attaquer. S'il renonce au droit qui est ouvert en sa faveur, le vice résultant de la violence ou du dol est purgé, et le partage est aussi parfait que s'il eût été, *ab initio*, conclu librement et sans surprise. Cette renonciation s'appelle, en droit, *ratification*. Elle est *expresse* ou *tacite*. — La ratification est tacite :

1° Lorsque l'héritier, au profit duquel l'action en rescision est ouverte, a laissé passer dix ans *depuis la cessation de la violence ou depuis la découverte du dol*, [[ou de l'erreur,]] sans attaquer le partage : cette longue inaction est une présomption légale qu'il a renoncé à son droit. Ainsi, l'action en rescision pour cause de *violence* ou de *dol* se prescrit par dix ans, à compter de la cessation de la violence ou de la découverte du dol (art. 2258).

2° Lorsque, après que la violence a cessé ou que le dol a été découvert, l'héritier à qui appartient l'action en rescision a volontairement *exécuté* le partage qu'il pouvait attaquer.

[[L'article 892 du code Napoléon se rattache à ce principe. Il décrète que le cohéritier qui a aliéné son lot en tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence.

A ce propos, les codificateurs font remarquer que cette règle, qui est de droit nouveau ou du moins dont Pothier ne fait aucune mention, est critiquée par l'auteur des *Pandectes françaises* (les anciennes, t. 7, 378) et par Maleville (t. 2, 307) ; pour les raisons données par ces auteurs, cette disposition leur a paru injuste et contraire aux vrais principes et l'article 892 a, par conséquent, été omis.

(*a*) Voy., sur tous ces points, M. Baudry-Lacantinerie, n° 345.

Cependant, la ratification pouvant être tacite, rien n'empêche les tribunaux de voir, dans cette aliénation, la renonciation par le copartageant à l'action en rescision qui était ouverte en sa faveur.

Quoi qu'il en soit, il est clair que l'aliénation qui est antérieure à la cessation de la violence ou à la découverte du dol, ne ferait pas obstacle à la rescision du partage.]]

Le partage étant rescindé, tous les immeubles composant les lots des copartageants qui ont profité de la violence ou du dol, ceux-là même qu'ils ont aliénés, seront rapportés et rétablis dans l'indivision Ceux que l'héritier demandeur a conservés le seront également. Quant à ceux qu'il a aliénés, le rapport s'en fera en moins prenant.

II [[Du partage rescindable pour cause de lésion à la demande d'un copartageant mineur. — Ce partage, comme celui qui est entaché de dol ou de violence, n'est qu'*annulable :* le mineur lésé peut *seul* en demander la nullité. Mais ce partage est-il, comme celui qui est entaché de dol ou de violence, susceptible d'être ratifié ?

On ne saurait en douter. En effet, l'article 1008 porte que " nul n'est restituable contre le contrat qu'il a fait durant sa " minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité." La cour de révision, à Québec, a appliqué ce principe dans une cause de *Fraser* v. *Pouliot* (13 Q. L. R., p. 369), où elle a jugé que le copartageant mineur, qui avait ratifié un partage en s'y conformant plus de trente ans après sa majorité, ne pouvait plus en demander la rescision. Le texte de l'article 892 du code Napoléon a donné lieu à quelques difficultés en France, mais nous n'avons pas — vu l'omission de cet article — à nous en occuper.

Nous avons vu que le droit d'attaquer le partage entaché d'erreur, de violence ou crainte, de fraude ou dol, se prescrit par dix ans. Il en est de même du droit de demander la nullité du partage pour lésion d'un copartageant mineur. Dans le premier cas, les dix ans commencent à courir depuis la découverte de l'erreur, ou du dol ou fraude, ou depuis la cessation de la violence ou crainte. Dans le cas des mineurs, la prescription ne se compte que de leur majorité. C'est la disposition formelle de l'article 2258.]]

NOTES SUPPLÉMENTAIRES

TITRE.—Des servitudes réelles.

Des dépens de l'action en bornage.—Du bornage à l'amiable et du bornage judiciaire.—Du nouveau code de procédure civile et des modifications faites au code civil à son occasion.—Par le statut 60 Vic., ch. 50, sanctionné le 9 janvier 1897, et qui, en vertu d'une proclamation du lieutenant gouverneur de la province de Québec, en date du 19 mai 1897, doit entrer en vigueur le 1er septembre 1897, de nombreux changements ont été apportés au code civil, surtout en vue du nouveau code de procédure civile qui devient également exécutoire le 1er septembre 1897. Le législateur a voulu d'abord retrancher du code civil certaines dispositions de procédure, lesquelles ont été insérées dans le nouveau code ; et en même temps, il a ajouté au code civil certains articles qui figuraient dans l'ancien code de procédure civile. Le lecteur notera lui-même les changements apportés aux articles du code civil que j'ai cités dans mes autres volumes. Je puis dire sommairement que les articles 29, 145, 146, 192, 193 et 299 du code civil ont été abrogés, et que les articles 17, 93, 94, 95, 97, 138, 147, 194 et 339 ont été modifiés. De plus, les dispositions des articles 1241*a*-1241*j* du code de procédure civile, quant au remplacement des registres de l'état civil perdus ou détruits, que j'ai résumées en mon tome 1er, pp. 195 et suiv., figurent maintenant aux articles 78*a*-78*h* du code civil.

Le seul changement que ce statut ait apporté aux articles du code civil que j'ai cités en ce troisième volume, se rapporte à l'article 504, quant au bornage. Cet article, dit le statut, est amendé en retranchant, à la fin, les mots : — " Ceux du " litige, au cas de contestation, sont à la discrétion du tribunal."

Et on a ajouté un article, numéroté 504*a*, après l'article 504. Ce nouvel article est en ces termes :—

504*a*. " Le bornage peut s'effectuer, soit de concert entre " voisins et par leur fait, soit par l'intervention de l'autorité " judiciaire.

" Dans le cas de litige, les frais sont laissés à la discrétion " du tribunal."

Je ne crois pas qu'il y ait là modification réelle. Le déplacement de la disposition quant aux dépens et la substitution des mots " dans le cas de litige " aux mots " au cas de contestation," empêcheront sans doute la confusion, mais c'est bien ainsi que la jurisprudence a fini par interpréter l'article 504. Voy. les arrêts cités *supra*, pp. 46-48. Les dépens, dans ce cas, tomberont donc sous le coup de la règle du droit commun énoncée à l'article 478 du code de procédure civile. Quant au bornage fait en dehors de l'intervention de la justice et à l'amiable, sa validité n'a jamais fait doute ; on doit même offrir de faire le bornage de concert avec le voisin avant de recourir à la justice, et cela, sous peine des dépens de l'action (art. 941 C. P. C.).

Puisque je parle des modifications qui ont été apportées au code, je puis ajouter que lorsque j'ai eu occasion de citer, au cours de ce volume, des articles du code de procédure civile, j'ai reproduit le texte actuellement en vigueur. Le nouveau code entre en force le 1er septembre 1897, mais son texte n'a pas encore été publié, et je ne voulais pas donner, comme officiels, les articles du projet des commissaires, lesquels pouvaient être modifiés dans leur rédaction et leur numérotage jusqu'au moment du dépôt du rôle du nouveau code au greffe de la législature. Le dépôt a été fait (voy. proclamation du 19 mai 1897), mais le texte n'a pas encore — au moment où j'écris ces lignes — été rendu public. Le lecteur aura donc à consulter les articles du nouveau code au lieu de ceux que j'ai cités, en tenant compte des modifications qu'on a pu y apporter.

Servitude du tour de l'échelle (a).—Je n'ai pas eu la prétention, dans le titre des *Servitudes*, de parler de toutes les servitudes de l'ancien droit qui ne sont pas mentionnées par le code civil. Toutefois, il m'a semblé que quelques notes sur la servitude dite du *tour de l'échelle* ne seraient pas sans intérêt. Je me contenterai, d'ailleurs, de certaines explications et énonciations indispensables.

On entend par *tour de l'échelle* ou *échelage* " une servitude " par le moyen de laquelle celui qui fait réparer ses bâtiments, " peut faire placer une échelle sur l'héritage voisin, et occuper, " pendant les réparations ou la construction, un certain espace " de terrain " (Ancien Denisart, v° *Tour de l'échelle*, n° 1).

(a) On dit aussi *tour d'échelle*. Je donne le nom de cette servitude d'après l'*Ancien Denisart*.

Il ne faut pas confondre cette servitude avec l'*investison*, qui tirait son origine de l'usage des Romains de laisser entre leurs maisons un espace libre, d'où, fait observer Laurent, t. 8, nº 116, le nom d'*île* pour désigner ce que nous appelons *héritage*. Cet usage passa dans les Gaules et se maintint, ajoute Laurent, dans les pays de droit écrit sous le nom d'*investison*, sans doute, parce que cet espace environne les propriétés de chacun, et les investit pour ainsi dire (*a*)

L'étendue du tour de l'échelle était de trois pieds de distance du pied du mur au rez-de-chaussée (*b*). Toutefois, ce n'était pas une servitude imposée par la loi, car Denisart atteste qu'elle ne s'établissait pas sans titre entre voisins, d'autant que celui qui bâtit, peut bâtir sur son héritage jusqu'à l'extrémité d'icelui, ou sur un mur non mitoyen, auquel cas il n'y a point de droit pour le tour de l'échelle. Pothier (*Société* nº 244, éd. Bugnet, t. 4, p. 333) reconnaît également que cette servitude devait se fonder sur un titre et cite à cet effet un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 13 août 1707 (*c*).

Il est bien vrai, cependant, que, dans quelques coutumes, cette servitude était réellement légale, à cause des dispositions expresses de ces coutumes. Ainsi, la coutume de Melun (art. 204) portait que quand "aucun fait édifier ou réparer son " héritage, son voisin est tenu lui donner et prêter *patience et* " *passage* pour ce faire, en réparant ce qui aura été rompu, " démoli ou gaté." Et on lisait des dispositions analogues aux coutumes d'Étampes (art. 48) et d'Orléans (art. 240) (*d*).

Cependant, après avoir pesé toutes ces autorités et les sentiments contraires, Merlin, *loc. cit.*, § II, adopte la conclusion que la servitude du tour de l'échelle n'est pas une servitude légale (*e*). Je ne vois pas comment nous rejeterions cette

---

(*a*) Voy. aussi Merlin, Répertoire, vº *Tour de l'échelle*, § I. On trouve, dans cet auteur, l'historique de ces deux servitudes.

(*b*) Ancien Denisart, *loc. cit.*

(*c*) Cet acte de notoriété est reproduit et suivi par Desgodets, sur l'art. 210 de la coutume de Paris, nº 9. Il lui donnne la date du 23 août 1701.

(*d*) Toutefois, Lalande, sur la coutume d'Orléans, ne voyait là ni servitude, ni usage, mais seulement " une tolérance momentanée."

(*e*) Laurent, t. 8 nº 116, en parle comme d'une servitude légale, tout en reconnaissant que certaines coutumes maintenaient pour cette servitude le principe : nulle servitude sans titre. Je crois que c'était là la règle et non l'exception.

conclusion, surtout en vue du silence de notre code civil à ce sujet.

Nous n'avons donc pas à examiner la question de savoir si de ce silence nous devons déduire l'abrogation de l'*échelage*. Il est de cette matière comme de toute autre, la convention des parties est libre, et un propriétaire pourra concéder à son voisin une servitude de tour d'échelle, mais cette servitude n'existera pas sans titre ou destination de père de famille, et ne pourra pas s'acquérir par la possession quelque longue qu'elle ait été. Il serait en effet impossible de concilier la faculté que la loi laisse au propriétaire de bâtir jusqu'à la limite extrême de son héritage, voire même d'acquérir la mitoyenneté d'un mur qui est en entier assis sur le fonds voisin, et de bâtir sur ce mur, avec une servitude qui, si elle était admise, obligerait le propriétaire à souffrir que son voisin se serve d'un espace de trois pieds sur les confins de son fonds, et l'empêcherait, par conséquent, d'y bâtir ; en effet, le propriétaire du fonds qui doit la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à la rendre plus incommode (art. 557). A tous égards, c'est là une servitude qu'il vaut mieux abandonner aux stipulations et aux conventions des voisins.

La servitude du tour de l'échelle a pourtant eu des défenseurs dans le droit moderne. Ainsi, Pardessus (*a*) enseigne que si le propriétaire justifie qu'il n'a aucun moyen de faire les réparations, il sera fondé, par une induction aussi juste que naturelle de l'article 682 C. N. (notre article 540, quant au passage dû à l'enclave), à exiger de son voisin qu'il lui accorde le passage moyennant indemnité. D'autres auteurs qui rejettent l'opinion de Pardessus, admettent ce droit lorsqu'il s'agit d'un mur de clôture même non mitoyen dans les villes où la clôture est forcée. Enfin, on s'entend assez généralement à reconnaître que chaque copropriétaire d'un mur mitoyen peut, pour les réparations de ce mur, réclamer le passage, non à titre de tour d'échelle, mais comme une conséquence de la communauté. Je crois que nous pouvons accueillir cette dernière opinion qui est adoptée par Laurent (*b*).

TITRE.—Des successions.

Question de majorité.—J'ai dit *supra*, p. 457, sur l'au-

(*a*) *Servitudes*, t. 1er, no 227.

(*b*) Voy. sur ces opinions diverses et d'autres que je n'indique pas, Laurent, t. 8, nos 121 et suiv., et M. Baudry-Lacantinerie, *Biens*, no 929.

torité de Maleville, qu'il me paraîtrait déraisonnable qu'une majorité composée de petits créanciers, dont les créances réunies ne formeraient qu'une faible portion du passif de la succession, pût forcer l'héritier bénéficiaire à donner un cautionnement, alors que les forts créanciers, moins nombreux, consentiraient à se fier à sa solvabilité ou à son honorabilité personnelle (art. 663). Plus loin, p. 504, j'ai reproduit, sans avoir perdu de vue ma première décision, un passage de Mourlon qui écarte toute autre majorité que la majorité en nombre, lorsqu'il s'agit d'une décision prise par les cohéritiers de faire vendre les meubles de la succession (art. 697). Quoique les termes des articles 663 et 697 soient assez semblables, je crois qu'il y a lieu d'adopter les décisions que j'ai indiquées. Cependant, je dois ajouter que je ne donne pas la première comme absolue, mais uniquement à titre de préférence personnelle, si je puis m'exprimer ainsi. L'article 663, en parlant de la majorité "des créanciers ou autres *personnes intéressées,*" semble surtout tenir compte de l'*intérêt* qui, on le sait, est la mesure des actions, et cela étant, il me paraît plus naturel de peser cet intérêt que de compter les têtes des intéressés, surtout comme il s'agit d'une disposition rigoureuse dont l'inaccomplissement peut entraîner la déchéance du bénéfice d'inventaire.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES ARTICLES

DU

CODE CIVIL ET DU CODE DE PROCEDURE CIVILE

AVEC

Indication des pages de ce volume où chaque article est expliqué.

CODE CIVIL.

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

TABLE

ANALYTIQUE ET ALPHABÉTIQUE

A

B

C

FIN


Stanford Law Library
3 6105 06 124 604 2



